



Hinweis: Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

Verfügung

vom 19. Oktober 2015

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

Online-Buchungsplattformen für Hotels

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen

1. **Booking.com B.V.**, Herengracht 597, 1017 CE Amsterdam, Niederlande
vertreten durch RA Dr. Franz Hoffet, RAin Bettina Meyer und RA Martin Thomann.
2. **HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH**, Blaubach 32, 50676 Köln, Deutschland
vertreten durch RA Dr. Jürg Borer
3. **Expedia, Inc.**, 333 108th Ave NE, Bellevue, WA 98004, USA
vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten),
Evelyne Clerc, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Daniel Lampart,
Thomas Pletscher, Armin Schmutzler, Henrique Schneider, Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	7
A.1. Parteien und beteiligte Dritte.....	7
A.2. Online-Buchungsplattformen.....	8
A.2.1. Allgemeines.....	8
A.2.2. Geschäftsmodell	9
A.2.3. Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels	10
A.2.4. Kommissionen.....	10
A.2.5. Ranking.....	11
A.3. Gegenstand der Untersuchung.....	12
A.3.1. Weite Preisparitätsklauseln	12
A.3.1.1. Abgrenzung: Bestpreisgarantien seitens Online-Buchungsplattformen.....	15
A.3.2. Weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln	15
A.3.3. Weite Konditionenparitätsklauseln.....	16
A.3.4. Keine Beurteilung von engen Paritätsklauseln.....	17
a) <i>Enge Preisparitätsklauseln</i>	17
b) <i>Enge Verfügbarkeitsparitätsklauseln</i>	18
c) <i>Anpassungen bezüglich Ausnahmen von Paritätsklauseln</i>	18
d) <i>Fazit</i>	19
B. Verfahren	21
B.1. Auslöser des Verfahrens / Marktbeobachtung	21
B.2. Vorabklärung	21
B.3. Untersuchung	21
B.3.1. Untersuchungshandlungen.....	22
B.3.2. Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie des beteiligten Dritten	22
B.3.2.1. Booking.com	23
B.3.2.2. HRS	23
B.3.2.3. Expedia	24
B.3.2.4. SHV	24
B.3.3. Anhörungen durch die WEKO	24
C. Erwägungen	25
C.1. Geltungsbereich.....	25
C.1.1. Persönlicher Geltungsbereich	25
C.1.2. Sachlicher Geltungsbereich.....	26
C.1.3. Örtlicher Geltungsbereich.....	27
C.2. Materielle Verfügungsadressatinnen.....	27
C.2.1. Allgemeines.....	27
C.2.2. Materielle Verfügungsadressatin bei Konzernverhältnissen.....	28
C.3. Vorbehaltene Vorschriften	29

C.4.	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	30
C.4.1.	Vorbemerkungen zum Beweis.....	30
C.4.2.	Across-Platforms Parity Agreements – allgemeine Überlegungen.....	32
C.4.2.1.	Abgrenzung gegenüber anderen Vereinbarungen bezüglich Preisen	33
C.4.2.2.	Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – Literatur.....	34
C.4.2.2.1.	Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen.....	35
C.4.2.2.2.	Behinderung von Markteintritten	35
C.4.2.2.3.	Ermöglichung von Kollusion zwischen Plattformen	35
C.4.2.2.4.	Schutz von Investitionen durch Plattformbetreiber	35
C.4.2.3.	Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – bisherige Verfahren.....	36
C.4.2.3.1.	Bundeskartellamt	36
C.4.2.3.2.	Office of Fair Trading (OFT).....	36
C.4.2.3.3.	Andere Verfahren.....	37
C.4.3.	Wettbewerbsabrede	38
C.4.3.1.	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	38
C.4.3.2.	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	39
C.4.3.3.	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	40
C.4.3.4.	Zwischenergebnis	41
C.4.4.	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	41
C.4.4.1.	Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand?.....	42
C.4.4.2.	Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf die Preisparitätsklauseln der Parteien?.....	43
C.4.4.3.	Fazit: Keine Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG.....	44
C.4.5.	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	45
C.4.5.1.	Der relevante Markt.....	45
C.4.5.1.1.	Marktgegenseite	45
C.4.5.1.2.	Sachlich relevanter Markt.....	46
C.4.5.1.3.	Eigenschaften von Online-Buchungsplattformen.....	46
(i)	<i>Indirekte Netzwerkeffekte</i>	47
(ii)	<i>Nachfragergruppen</i>	48
(iii)	<i>Preisstruktur</i>	48
(iv)	<i>Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte</i>	49
(v)	<i>Singlehoming versus Multihoming</i>	50
(vi)	<i>Zusammenfassung</i>	51
C.4.5.1.4.	Alternativen zu Online-Buchungsplattformen	51
(i)	<i>Direkter Vertrieb</i>	53
(ii)	<i>Globale Distributionssysteme</i>	55
(iii)	<i>Reiseveranstalter und Wholesaler</i>	55
(iv)	<i>Weitere Vertriebskanäle</i>	57
(v)	<i>Werbedienstleister</i>	58
1.	Bewertungsportale	58
2.	Meta-Suchmaschinen.....	58
3.	Internet-Suchmaschinen	59

4.	Beurteilung.....	59
(vi)	<i>Einzelne Online-Buchungsplattformen als separate sachlich relevante Märkte? ...</i>	61
(vii)	<i>Schlussfolgerungen.....</i>	62
C.4.5.1.5.	Räumlich relevanter Markt	62
(i)	<i>Homogenität der Marktbedingungen</i>	62
(ii)	<i>Kundennähe.....</i>	63
(iii)	<i>Praxis der WEKO sowie ausländischer Behörden im Reisebereich.....</i>	63
(iv)	<i>Schlussfolgerungen.....</i>	64
C.4.5.1.6.	Fazit.....	64
C.4.5.2.	Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	64
C.4.5.2.1.	Exkurs: Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Hotels	65
(i)	<i>Preise.....</i>	66
1.	Preisunterschiede nach Produkten.....	66
2.	Preisunterschiede nach Zeitpunkt der Übernachtung	66
3.	Preisunterschiede nach Vertriebskanälen	66
4.	Yield Management	66
5.	Einschränkungen aufgrund von weiten Paritätsklauseln?	67
(ii)	<i>Konditionen</i>	68
(iii)	<i>Verfügbarkeit.....</i>	68
1.	Verfügbarkeit einzelner Raten	68
2.	Verfügbarkeit je nach Vertriebskanal	68
3.	Einschränkung durch Paritätsklauseln?	68
(iv)	<i>Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels.....</i>	69
C.4.5.2.2.	Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Online-Buchungsplattformen	69
(i)	Preisparitätsklauseln	70
(ii)	Verfügbarkeitsparitätsklauseln	71
(iii)	Konditionenparitäts-Klauseln.....	73
(iv)	Bedeutung des Wettbewerbsparameters Kommission	73
(v)	Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs Stufe Online-Buchungsplattformen	74
C.4.5.2.3.	Fazit.....	74
C.4.5.3.	Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs	74
C.4.5.3.1.	Aktueller Wettbewerb	75
(i)	<i>Intrabrand-Wettbewerb.....</i>	75
(ii)	<i>Interbrand-Wettbewerb.....</i>	76
(iii)	<i>Zusammenfassung.....</i>	80
C.4.5.3.2.	Potenzieller Wettbewerb	80
(i)	<i>Markteintrittsschranken</i>	80
(ii)	<i>Markteintritte</i>	81
(iii)	<i>Zusammenfassung.....</i>	82
C.4.5.3.3.	Stellung der Marktgegenseite.....	82
(i)	<i>Hotels.....</i>	82
(ii)	<i>Hotelier-Verbände</i>	83

(iii)	<i>Endkunden</i>	83
(iv)	<i>Zusammenfassung</i>	84
C.4.5.3.4.	Horizontales Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung.....	84
C.4.5.4.	Fazit	85
C.4.6.	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	86
C.4.6.1.	Trittbrettfahrerproblem.....	87
C.4.6.1.1.	Komplexität der vermittelten Dienstleistung.....	88
C.4.6.1.2.	Billboard-Effekt.....	88
C.4.6.1.3.	Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen.....	89
C.4.6.1.4.	Weitere verkaufsfördernde Massnahmen der Online-Buchungsplattformen	90
C.4.6.1.5.	Wechselwirkungen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen: umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik	91
C.4.6.1.6.	Zusammenfassung	92
C.4.6.2.	Hold-up Problem	92
C.4.6.3.	Senkung der Suchkosten und Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs auf Stufe Hotels.....	93
C.4.6.4.	Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung.....	94
C.4.6.5.	Fazit	94
C.4.7.	Strukturerhaltung und Notwendigkeit von Paritätsklauseln	94
C.4.8.	Ergebnis.....	95
C.5.	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	95
C.5.1.	Marktbeherrschende Stellung.....	96
C.5.1.1.	Einzelmarktbeherrschung durch Booking.com.....	96
C.5.1.1.1.	Aktueller Wettbewerb	96
C.5.1.1.2.	Potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite.....	97
C.5.1.1.3.	Zusammenfassung	97
C.5.1.2.	Kollektive Marktbeherrschung	97
C.5.1.2.1.	Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration	98
C.5.1.2.2.	Symmetrien.....	98
C.5.1.2.3.	Markttransparenz	98
C.5.1.2.4.	Stellung der Marktgegenseite.....	98
C.5.1.2.5.	Stabile Marktverhältnisse	99
C.5.1.2.6.	Multimarktbeziehungen	99
C.5.1.2.7.	Zusammenfassung	100
C.5.1.3.	Wirtschaftliche Abhängigkeiten	100
C.5.1.4.	Fazit	100
C.5.2.	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.....	100
C.5.2.1.	Einleitung	101
C.5.2.2.	Benachteiligungstatbestand	102
C.5.2.3.	Zwischenergebnis	104
C.5.2.4.	Behinderungstatbestand	104
C.5.2.5.	Zwischenergebnis	106
C.5.3.	Ergebnis.....	106

D.	Kosten	107
E.	Ergebnis	109
F.	Dispositiv	110

A. Sachverhalt

A.1. Parteien und beteiligte Dritte

1. *Booking.com B.V.* (nachfolgend: Booking.com oder Booking.com B.V.) ist eine private Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung (private limited liability Company), welche nach niederländischem Recht inkorporiert ist und ihren Sitz in Amsterdam hat. Booking.com gehört zu The Priceline Group einer Aktiengesellschaft mit Hauptsitz in Norwalk (Connecticut) in den USA. Booking.com hat weltweit zahlreiche Tochtergesellschaften, darunter auch die Booking.com (Schweiz) AG mit Sitz in Zürich. Booking.com betreibt hauptsächlich eine Online-Buchungsplattform für Hotels, während Priceline.com, Inc. unter anderem auch im Vertrieb von Flügen, Kreuzfahrten und Pauschalreisen tätig ist.

2. *HRS – HOTEL RESERVATION SERVICE Robert Ragge GmbH* (nachfolgend: HRS) hat ihren Hauptsitz in Köln. Die HRS-Gruppe verfügt über diverse Tochtergesellschaften in Europa und Asien und betreibt unter den Marken HRS, Tiscover (Übernahme 2008), hotel.de (Übernahme 2011, auch tätig unter hotel.info) sowie über das Opaque Booking-Portal¹ Surprice Hotels (gegründet 2013) verschiedene Online-Buchungsplattformen. In der Schweiz hat die HRS-Gruppe keine Niederlassung.

3. *Expedia, Inc., Bellevue (Washington)* ist der Hauptsitz der Expedia-Gruppe (nachfolgend: Expedia), welche mit Expedia Lodging Partner Services Sàrl in Genf über eine Zweigniederlassung in der Schweiz verfügt. Die Schweizer Niederlassung erbringt als Haupttätigkeit strategische Dienstleistungen im Bereich von Hotelübernachtungen für die Expedia-Gruppe. Muttergesellschaft des Expedia-Konzerns ist eine als Expedia, Inc. eingetragene Delaware Gesellschaft, welche selbst keine operativen Tätigkeiten ausübt, sondern auf eine kotierte Group Holding Gesellschaft beschränkt ist. Die Expedia-Gruppe erbringt Dienstleistungen im Bereich des Vertriebs von Reisedienstleistungen, wobei die Produktpalette neben Hotels auch Flüge, Pauschalreiseangebote, Autovermietung sowie Dienstleistungen und Aktivitäten an den Reisedestinationen (beispielsweise Stadtrundfahrten) umfasst. Als Online-Buchungsplattform für Hotels ist Expedia unter den Marken Expedia, Hotels.com (Übernahme 2003) und Venere (Übernahme 2009) tätig.

4. Der *Schweizer Hotelier-Verein* (nachfolgend: SHV oder hotelleriesuisse) ist ein im Schweizerischen Handelsregister eingetragener Verein mit Sitz in Bern. Der SHV ist der Branchenverband der Schweizer Hotellerie mit über 3171 Mitgliedern, davon rund 2051 klassierte Hotels. Der SHV ist im vorliegenden Verfahren als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. b KG² zugelassen.

5. Aus verschiedenen Gründen wurde das vorliegende Verfahren nicht auf die bei den Online-Buchungsplattformen angeschlossenen *Partner-Hotels* ausgeweitet. Zu beachten sind hier zunächst verfahrensökonomische Überlegungen. So wäre es bei einer Ausweitung des Verfahrens auf die beteiligten Partner-Hotels bei einer allfälligen Sanktionierung – wenn eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt worden wäre – notwendig gewesen, den jeweils relevanten Umsatz, den ein bestimmtes Hotel über eine bestimmte Online-

¹ Bei derartigen Anbietern können Endkunden ermässigte Hotelzimmer buchen, wobei im Gegenzug die Identität des Hotels erst nach einer definitiven Buchung bekannt gegeben wird. Vor der Buchung können Endkunden lediglich nach einer Auswahl allgemeiner Kriterien (Lage des Hotels, Sterne-Kategorie etc.) suchen, ohne die Namen der buchbaren Hotels zu erfahren.

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Buchungsplattform erzielt hat, sowie die individuelle Abrededauer aufgrund des Gleichbehandlungsprinzips für jedes einzelne Hotel separat zu ermitteln. Ein solches Vorgehen hätte das vorliegende Verfahren nicht nur erheblich verzögert, es wären darüber hinaus Verfahrenskosten in nicht absehbarer Höhe entstanden.³

6. Zu diesen verfahrensökonomischen Überlegungen tritt auch eine Interessensasymmetrie, die zwischen den Online-Buchungsplattformen und ihren angeschlossenen Partner-Hotels hinsichtlich der Paritätsklauseln festgestellt wurde, und führte dazu, dass im vorliegenden Verfahren das Verhalten der Parteien auch unter dem Aspekt eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG überprüft wurde.⁴ Ebenso berücksichtigt wurde, dass sich die Paritätsklauseln hauptsächlich auf Stufe der Online-Buchungsplattformen wettbewerbsbeschränkend auswirken.⁵

A.2. Online-Buchungsplattformen

7. Einleitend ist aufzuzeigen, was Online-Buchungsplattformen sind, welche Geschäftsmodelle diese verwenden und wie die Zusammenarbeit zwischen den Online-Buchungsplattformen und den Hotels organisiert wird. Weitergehende Ausführungen zum jeweils relevanten Sachverhalt erfolgen im Rahmen der rechtlichen und ökonomischen Erwägungen.

A.2.1. Allgemeines

8. Die Haupttätigkeit von Online-Buchungsplattformen besteht – kurz gefasst – in der Vermittlung von Buchungen von Hotelübernachtungen. Um diese Dienstleistung zu erbringen, sind sie mit den Endkunden sowie den Hotels gegenüber zwei Nachfragergruppen tätig.

9. Online-Buchungsplattformen bieten den Endkunden die Möglichkeit, Hotels zu suchen und zu vergleichen und anschliessend eine sofort bestätigte Buchung von Hotelübernachtungen vorzunehmen. Dabei wird eine Vielzahl von Hotels angeboten, d.h. Hotels unterschiedlicher Grössen und Kategorien in verschiedenen Ortschaften. Die Dienstleistungen gegenüber den Endkunden werden weitestgehend über das Internet erbracht, einerseits über eigene Websites, andererseits auch über Websites von Vertriebspartnern, sogenannten „Affiliates“, wie beispielsweise Flug- oder Eisenbahngesellschaften.⁶ Zusätzlich können Endkunden teilweise auch telefonisch, per E-Mail oder via Smartphone-Apps Hotelbuchungen bei den Online-Buchungsplattformen vornehmen. Den Endkunden entstehen keine direkten Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattformen.

10. Wenn eine Online-Buchungsplattform eine Buchung zwischen einem Hotel und einem Endkunden erfolgreich vermittelt, erhält der Endkunde eine sofortige Buchungsbestätigung und die entsprechenden Informationen werden, inklusive Angaben zum Endkunden, an das Hotel übermittelt.

11. Um den Hotels den Zugang zu Buchungen durch Endkunden zu ermöglichen, werden einerseits Informationen zu diesen auf den Online-Buchungsplattformen dargestellt. Diese Informationen werden von den Online-Buchungsplattformen beispielsweise in verschiedene Sprachen übersetzt und Hotels erhalten teilweise persönliche Unterstützung bei der Verbesserung entsprechender Inhalte, wie beispielsweise Fotos. Andererseits erhalten die Hotels die

³ Vgl. zu diesem Vorgehen auch RPW 2010/4, 699 Rz 382 ff., *Hors Liste*.

⁴ Vgl. Rz 409 ff.

⁵ Vgl. Rz 266 ff.

⁶ Vgl. Rz 316 ff.

notwendigen technischen Voraussetzungen, um jeweils aktuelle Preise, Verfügbarkeiten sowie Konditionen an die Online-Buchungsplattformen zu übermitteln.

12. Die Hotels stellen ihre jeweiligen Preise, die Verfügbarkeiten und Konditionen selbst auf den Online-Buchungsplattformen ein. Dies kann über das Extranet der jeweiligen Plattform geschehen, d.h. manuell in einem geschützten Bereich der Homepage der Online-Buchungsplattformen, oder über einen Channel Manager, d.h. eine Software, welche entsprechende Informationen automatisiert mit verschiedenen Vertriebskanälen abgleicht. Ebenfalls möglich ist eine Anbindung der Online-Buchungsplattformen an ein zentrales Reservationssystem (CRS). Solche Softwarelösungen unterstützen neben dem Channel Management auch weitere Aspekte des Hotel-Managements wie beispielsweise die Pflege von Kundendaten sowie die Analyse betriebswirtschaftlicher Kennzahlen.

13. In der Schweiz sind die Parteien die mit Abstand bedeutendsten Online-Buchungsplattformen. Weitere Online-Buchungsplattformen werden von STC Switzerland Travel Centre⁷ (nachfolgend: STC) sowie ebookers betrieben.⁸

A.2.2. Geschäftsmodell

14. Die Online-Buchungsplattformen der Parteien, STC und auch ebookers arbeiten heute nach einem Agentur-Modell. Dabei fungiert die Online-Buchungsplattform als reiner Vermittler zwischen Endkunden und Hotels, welcher vom Hotel bei einer erfolgreichen Vermittlung einer Buchung eine prozentuale Kommission erhält.⁹ Der Zugang zur Plattform, die Aufschaltung der entsprechenden Daten sowie die eingangs erwähnten Unterstützungsdienstleistungen sind dabei für ein Hotel zunächst kostenlos. Auf erfolgreich vermittelte Buchungen wird hingegen eine Kommission erhoben.

15. Die Online-Buchungsplattform erwirbt keine Zimmer von den Hotels, um diese weiterzuverkaufen. Der (Ver-)Kauf der Übernachtungsdienstleistung erfolgt vielmehr zwischen den Endkunden und den Hotels direkt. Dabei setzt der Hotelier selbst den Endkundenpreis fest, der auf der Online-Buchungsplattform angeboten wird und auf welchen später auch die Kommission erhoben wird.¹⁰ Die Funktionsweise des Agentur-Modells ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt.

16. Den Hotels entstehen dadurch nur im Falle erfolgreicher Vermittlungen von Buchungen unmittelbare Kosten. Sie haben jedoch auch keine garantierten Einnahmen, da Online-Buchungsplattformen keine Zimmer-Kontingente zum Weiterverkauf erwerben. Aus Sicht der Online-Buchungsplattform ist dieses Modell insofern attraktiv, als dass kein Inventarrisiko besteht und auch kein gebundenes Kapital vorliegt.

⁷ STC Switzerland Travel Centre betreut insbesondere die Hotelbuchungen auf myswitzerland.com.

⁸ Vgl. hierzu auch unten, Rz 323 ff.

⁹ Zu den Kommissionen vgl. unten, Rz 19 ff.

¹⁰ Expedia [...] Siehe Rz 22.

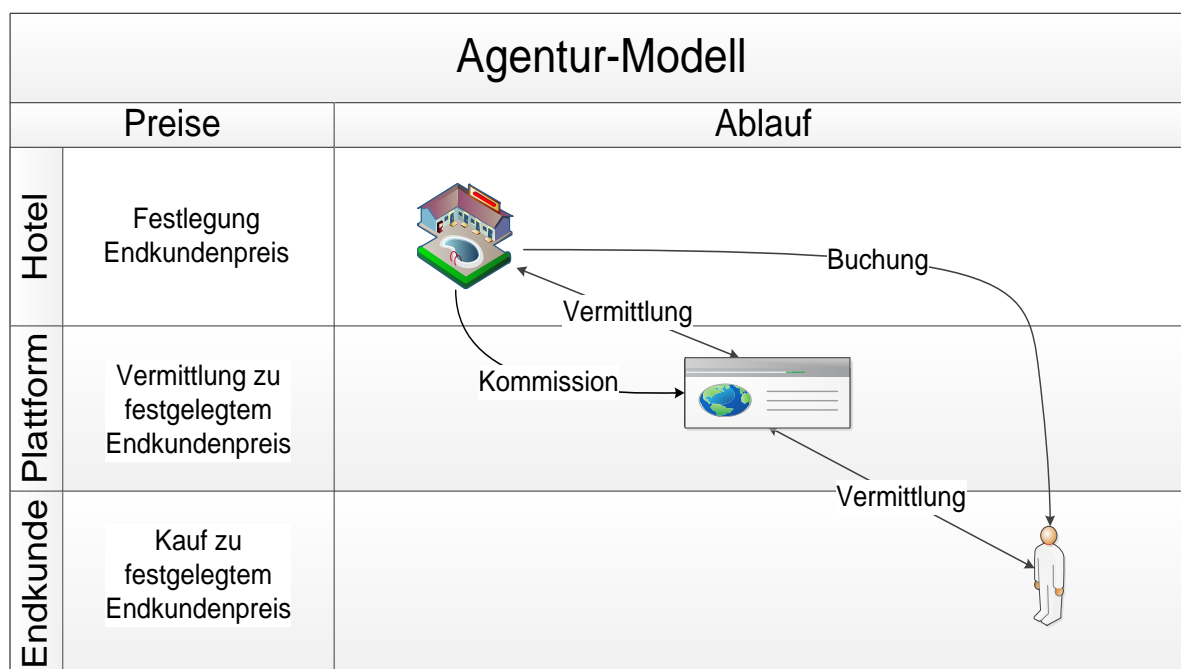


Abbildung 1: Funktionsweise Agentur-Modell

17. Vom Agentur-Modell abzugrenzen ist somit das sogenannte Merchant-Modell, bei welchem ein Wiederverkäufer ein Zimmerkontingent eines Hotels zu einem Nettopreis erwirbt und diese Zimmer unter Aufschlag einer Marge an Endkunden weiterverkauft, wobei die Festlegung des Endkundenpreises durch den Wiederverkäufer erfolgt. Dieses Modell kommt beispielsweise vielfach bei Pauschalreiseangeboten zur Anwendung, bei welchen ein Reiseveranstalter eine Kombination von Übernachtungs- und sonstigen Reisedienstleistungen wie Flüge erstellt und dieses Gesamtpaket an Endkunden verkauft. Ebenfalls verwendet wird dieses Modell von Wholesalern, welche Kontingente an Hotelzimmern aufkaufen und diese – ebenfalls unter Aufschlag einer Marge – an Reiseveranstalter, Reisevermittler oder Endkunden weiterverkaufen.¹¹

A.2.3. Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels

18. Die Zusammenarbeit der Online-Buchungsplattformen mit den Hotels wird mittels sogenannter Anschlussverträgen geregelt. Die Parteien verwenden hierfür standardisierte Verträge mit allgemeinen Vertragsbedingungen. Diese Bedingungen enthalten wiederum die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln.¹² [...] [...] ¹³ [...]

A.2.4. Kommissionen

19. Hotels bezahlen für die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen eine Kommission in Form eines prozentualen Anteils am Buchungsumsatz.

¹¹ Vgl. Rz 203 ff.

¹² Vgl. Rz 33 ff.

¹³ Welche im Schweizer Hotelmarkt allerdings eine untergeordnete Rolle spielen. Hauptsächlich handelt es sich bei den Schweizer Hotels um kleinere Einzelbetriebe, vgl. Rz 319 ff.

20. Booking.com setzt jährlich vertragliche Kommissionssätze fest und unterscheidet hierbei einerseits zwischen Einzelhotels und Hotelketten, andererseits zwischen Standardhotels und solchen, die am Preferred Partner Programm teilnehmen. Die Standardkommission beträgt [...] für Einzelhotels sowie [...] für Hotelketten. Einzig [...] wurden die Kommissionen für Einzelhotels im [...] erhöht.¹⁴ Für Preferred Partner¹⁵ beträgt die Kommission [...] für Einzelhotels ([...]) respektive [...] für Hotelketten.

21. HRS verwendete [...].

22. Seit [...] beträgt die Kommission bei Expedia grundsätzlich [...]¹⁶ Daneben können sich Partner-Hotels von Expedia [...] beträgt die Kommission [...]. Bei [...] beträgt die Kommission [...].

A.2.5. Ranking

23. Besucht ein Endkunde die Homepage einer Online-Buchungsplattform, so wird er zunächst aufgefordert, den Ort, den gewünschten Übernachtungszeitraum sowie die Anzahl gewünschter Zimmer und reisender Personen zu präzisieren. Anschliessend schlägt die Online-Buchungsplattform die verschiedenen am gewünschten Ort und zur gewünschten Zeit verfügbaren Hotels vor. Die Reihenfolge, in welcher diese Hotels auf der Homepage erscheinen wird als Ranking bezeichnet.

24. Die Bedeutung des Rankings ist regional sehr unterschiedlich. In einer Region, in welcher nur wenige Hotels auf einer bestimmten Online-Buchungsplattform vertreten sind, spielt das Ranking eine eher untergeordnete Rolle da alle Hotels für den Endkunden auf den ersten Blick ersichtlich sein werden. In stärker vertretenen Regionen ist das Ranking jedoch sehr relevant, da ein Grossteil von Kunden lediglich die ersten paar Treffer in der Liste näher betrachten und buchen wird.

25. Die nachfolgenden Erläuterungen beziehen sich auf das Ranking, welches den Endkunden nach erfolgter Suche standardmässig vorgelegt wird. Bei Booking.com wird dieses Ranking beispielsweise als „Booking.com empfiehlt“ bezeichnet. Allerdings haben Endkunden auch die Möglichkeit, diese Liste nach anderen Kriterien zu sortieren, beispielsweise nach dem Preis, nach der Lage oder nach nutzergenerierten Bewertungen.

26. Das Standard-Ranking erstellen die Online-Buchungsplattformen automatisch, wobei verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. Der jeweilig zugrundeliegende Algorithmus wurde von den Verfahrensparteien (unter Verweis auf dessen hohe Komplexität und der Vertraulichkeit aufgrund von dessen geschäftskritischer Natur) gegenüber dem Sekretariat nicht offengelegt. Aufgrund der Erläuterungen von Booking.com wird jedoch ersichtlich, dass die sogenannte Konversionsrate eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung des Rankings spielt. Die Konversionsrate bestimmt sich basierend auf der Anzahl Buchungen, die bei einem bestimmten Hotel über die jeweilige Online-Buchungsplattform erfolgen, in Relation zur Anzahl Zugriffe auf ein gelistetes Hotel (sogenannte look-to-book-ratio). Dies und andere Faktoren wie beispielsweise die Kundenbewertungen bestimmen, als wie attraktiv für den Endkunden ein Hotel durch den Algorithmus der jeweiligen Online-Buchungsplattform betrachtet wird. Je attraktiver ein Hotel durch den Algorithmus der Online-Buchungsplattform bewertet wird, umso

¹⁴ Gemäss Booking.com erfolgte mit diesem Schritt [...].

¹⁵ Vgl. Rz 29.

¹⁶ [...]

höher erscheint es im Ranking. Den Erläuterungen von HRS und Expedia lässt sich entnehmen, dass [...].

27. Hotels selbst können das Ranking mit verschiedenen Mitteln beeinflussen. [...]

28. Bei [...]

29. Bei Booking.com haben Partner-Hotels zudem die Möglichkeit, unter gewissen Bedingungen, am „Preferred-Partner“ Programm teilzunehmen. Dies ist einerseits mit der Erfüllung bestimmter Kriterien (wie Einhaltung der Paritätsklauseln¹⁷, gute nutzergenerierte Bewertungen, tiefe Stornierungsquote), andererseits mit der Entrichtung einer höheren Kommission verbunden. Neben der Bezeichnung als Preferred Hotel ist die Verbesserung des Rankings letztlich der einzige effektive Vorteil der Teilnahme am „Preferred-Partner“ Programm.

30. [...] ¹⁸ Bei Booking.com hat die Einhaltung der Preisparität lediglich einen indirekten Einfluss, indem die Möglichkeit besteht, dass sich die Nichteinhaltung der Preisparität negativ auf die Konversionsrate auswirken kann. So werde ein Hotel, welches bei einer Plattform immer höhere Preise angebe als auf anderen Kanälen, eher über diese anderen Kanäle gebucht, was die Konversionsrate auf der betreffenden Plattform und entsprechend auch die Einstufung im Ranking verschlechtere. [...]

A.3. Gegenstand der Untersuchung

31. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden primär die Preisparitätsklauseln, die in den zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen abgeschlossenen Anschlussverträgen enthalten sind. Des Weiteren untersucht werden auch die damit zusammenhängenden Klauseln betreffend Verfügbarkeits- und Konditionenparität. Im Folgenden werden diese Klauseln sowie deren konkrete Umsetzung kurz umrissen, ohne ihre kartellrechtliche Beurteilung vorwegzunehmen.

32. Es ist vorab darauf hinzuweisen, dass Booking.com sowie Expedia kurz vor Abschluss der vorliegenden Untersuchung ihre Paritätsklauseln gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz angepasst haben. Diese seit frühestens dem 1. Juli 2015 (im Falle von Booking.com) respektive seit frühestens dem 1. August 2015 (im Falle von Expedia) gültigen Paritätsklauseln, welche nachfolgend als enge Paritätsklauseln bezeichnet werden, sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Jedoch wird im Anschluss auf die Erläuterungen zu den weiten Paritätsklauseln, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, auch die Kernelemente der engen Paritätsklauseln kurz erläutert sowie ausgeführt, weshalb derzeit eine abschliessende kartellrechtliche Beurteilung der angepassten Paritätsklauseln noch nicht möglich ist.

A.3.1. Weite Preisparitätsklauseln

33. Im Vordergrund der Untersuchung stehen Preisparitätsklauseln. Mit diesen verbieten Online-Buchungsplattformen ihren Partner-Hotels, ihre Zimmer auf anderen, vertraglich definierten, Vertriebskanälen zu günstigeren Preisen anzubieten. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Preisparitätsklauseln. Diese schliessen praktisch alle Vertriebskanäle der Partnerhotels ein und erlauben es insbesondere auch nicht, auf einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform günstigere Preise anzubieten.

¹⁷ Vgl. Rz 31 ff.

¹⁸ Vgl. Rz 31 ff.

34. Generell liess sich, zumindest vor den jüngsten Anpassungen seitens Booking.com sowie Expedia, eine Verschärfung der von den Verfahrensparteien verwendeten Preisparitätsklauseln im Verlauf der Jahre feststellen. So verlangte beispielsweise HRS noch im Jahr 2008 die Parität hinsichtlich der Preise, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet oder auf der eigenen Homepage anbietet. In der derzeit verwendeten Fassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt HRS die Parität nun auch hinsichtlich allen eigenen Vertriebskanälen. Die Klausel umfasst entsprechend auch sämtliche direkten Offline-Kanäle wie Telefon und Walk-in. Die aktuell verwendete Klausel von HRS lautet:

„HRS erwartet von seinen Hotelpartnern grundsätzlich die günstigsten Zimmerpreise inklusive aller Steuern und Gebühren (sog. Endpreise) sowie eine höchst mögliche Verfügbarkeit. Das Hotel verpflichtet sich somit, dass (...) HRS immer die mindestens gleich günstigen Preise und Preisbedingungen (nachfolgend gemeinsam „Preis“ oder „Rate“) erhält, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet und den eigenen Vertriebskanälen anbietet oder anbieten lässt (sog. parityrate). Das Hotel verpflichtet sich in diesem Zusammenhang auch, seine sonstigen Vertriebspartner (wie z.B. Reiseveranstalter) entsprechend zu verpflichten und dafür Sorge zu tragen, dass HRS für den Fall, dass das Hotel zu einem günstigeren Preis buchbar ist, diesen Preis ebenfalls erhält.“

35. Booking.com verwendete vor dem 1. Juli 2015 folgende Fassung:

„Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Verfügbarkeitsparität („Parität“). Ratenparität bezeichnet den gleichen oder einen besseren Preis für dieselbe Unterkunft, die gleiche Zimmerkategorie, das gleiche Datum, die gleiche Bettkategorie, die gleiche Anzahl an Gästen, die gleichen oder bessere Beschränkungen und Bestimmungen, darunter Frühstück, Buchungsänderungen und Stornierungsbedingungen, wie er auf den Webseiten, Apps oder in den Call-Centern (inklusive dem Kundenreservierungssystem) der Unterkunft oder direkt in der Unterkunft sowie bei einem Wettbewerber von Booking.com (darunter Online- und Offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten wird.“

36. Expedia hat seine Vertragsbedingungen nach Abschluss des Verfahrens des OFT¹⁹ im Februar 2013 angepasst und verwendete vor dem 1. August 2015 folgende Klausel:

[...]

37. Die Einhaltung der jeweiligen Preisparitätsklausel wird von den Verfahrensparteien relativ umfassend kontrolliert. So verfügen Expedia und HRS [...]. Booking.com [...]²⁰

38. Auch gegenüber den Endkunden kommunizierte Bestpreisgarantien²¹ können zur Aufdeckung von Verstössen gegen Preisparitätsklauseln beitragen, indem Kunden einen tieferen Preis auf einem anderen Kanal feststellen und sich mit einer entsprechenden Forderung an eine Online-Buchungsplattform wenden. Laut Aussagen von Booking.com seien derartige Meldungen eher selten. Booking.com geht nach eigenen Aussagen davon aus, dass entsprechende Endkunden eher ihre Buchung bei Booking.com (falls möglich) stornieren und über den günstigeren Kanal buchen.

¹⁹ Vgl. Rz 139 ff.

²⁰ Andere Gründe können beispielsweise die unterschiedliche Berücksichtigung allfälliger Abgaben (z.B. Kurtaxe), ein abweichender Umrechnungskurs, ein anderer Angebotszeitpunkt oder technische Probleme bei der Aufschaltung von Preisen sein.

²¹ Vgl. Rz 44ff.

39. Offline-Vertriebskanäle sind schwieriger zu beobachten, da dies manuell erledigt werden müsste. HRS [...]. Fälle, wie sie teilweise von Hotels bei ausländischen Wettbewerbsbehörden geschildert werden, in welchen die Hotels z.B. telefonisch von einem „Kunden“ kontaktiert werden, bei dem es sich in Tat und Wahrheit um einen Mitarbeiter einer Online-Buchungsplattform handelt, der nach besonderen Rabatten fragt, die nur bei den Hotels direkt erhältlich wären, wurden im Laufe der vorliegenden Untersuchung in der Schweiz keine bekannt.

40. Zur Überwachung der Einhaltung der Preisparität [...].Expedia [...] Auch HRS prüft mit Hilfe einer eigenen Softwarelösung die Einhaltung von Preisparitätsklauseln, welche den entsprechenden Mitarbeitern mögliche Verstösse aufzeigt. Wenn nach genauerer Prüfung tatsächliche Probleme festgestellt werden, werden die entsprechenden Hotels, unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung, per E-Mail oder Telefon darauf aufmerksam gemacht.

41. Wird bei einem Hotel ein Verstoss gegen die Preisparität festgestellt, wird dieses teilweise durch die betreffende Online-Buchungsplattform kontaktiert, um es zunächst auf den festgestellten Verstoss hinzuweisen und die Einhaltung der Preisparitätsklausel einzufordern. In der Regel haben einzelne Verstösse zwar keine gravierenden Konsequenzen, es wird lediglich eine allfällige Korrektur der Angebote und die künftige Einhaltung der Klausel gefordert. Die Hotels werden teilweise auch dabei unterstützt, die Ursache für festgestellte Verstösse zu finden.²²

42. Die untersuchten Anschlussverträge der Parteien sehen jedoch vor, dass Verträge mit Hotels, die gegen die Preisparitätsklauseln verstossen, deswegen aufgelöst werden können. [...], laut Aussagen von Hoteliers werden Verstösse gegen die Preisparitätsklausel jedoch durchaus damit sanktioniert, dass Zimmer des betreffenden Hotels zumindest temporär nicht vermittelt werden oder das Hotel im Ranking der betreffenden Online-Buchungsplattform absteigt. Die Antworten der befragten Hotels erlauben zwar keine generellen Schlüsse bezüglich der Häufigkeit eines solchen Vorgehens durch die Plattformen, doch zeigen bereits die einzelnen geschilderten Erfahrungen auf, dass die Online-Buchungsplattformen durchaus mit Restriktionen auf Verstösse gegen die Preisparitätsklauseln reagieren. Dennoch liegen keine Hinweise darauf vor, dass Hotels dauerhaft von einer Online-Buchungsplattform ausgeschlossen würden.²³

43. Booking.com bringt zwar vor, dass die Nichteinhaltung der Preisparität keinen direkten Einfluss auf das jeweilige Ranking habe. Die Teilnahme am sogenannten „Preferred Partner“ Programm²⁴ von Booking.com Programm ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass die Preisparitätsklausel durchgehend eingehalten wird. Verstösst ein Hotel dagegen und verliert

²² So bilden Zimmer, die über Wholesaler angeboten werden, häufig Ursache eines Verstosses gegen die Preisparitätsklausel. Wholesaler kaufen Hotelzimmer zu Nettopreisen ein und verkaufen diese in Packages an Endkunden weiter. Zu viel gekaufte Zimmer werden unter Umständen weiter verkauft und Dritte bieten diese dann zur Nettorate an (Verlustminimierung durch Wholesaler). Diese Nettorate ist meist deutlich günstiger als die Preise, die die Hotels selber festlegen und führt für das Hotel zu einer Verletzung der Preisparitätsklausel gegenüber den Online-Buchungsplattformen. Hier liegt die Ursache in den Verträgen zwischen den Wholesalern und den Hotels. Insbesondere Booking.com scheint die Hotels relativ umfassend zu beraten, wie die Verträge angepasst werden können, um solche Probleme zu vermeiden.

²³ Vgl. hierzu auch Rz 452.

²⁴ Vgl. Rz 29.

dadurch seinen Preferred-Status, steigt es damit automatisch im Ranking ab. Über die Konversionsrate kann eine Nichteinhaltung der Preisparitätsklausel letztlich dennoch ein tieferes Ranking zur Folge haben.²⁵

A.3.1.1. Abgrenzung: Bestpreisgarantien seitens Online-Buchungsplattformen

44. Abzugrenzen sind Preisparitätsklauseln von den durch Online-Buchungsplattformen teilweise gegenüber den Endkunden abgegebenen *Bestpreisgarantien*. Im Rahmen von Bestpreisgarantien versichern die Online-Buchungsplattformen den Endkunden, dass für ein bestimmtes Hotel zu einem bestimmten Zeitpunkt keine bessere Rate erhältlich ist, als sie auf der betreffenden Online-Buchungsplattform gebucht werden kann.

45. Bestpreisgarantien geben den Endkunden das Recht, allfällig festgestellte Preisunterschiede bei der Online-Buchungsplattform geltend zu machen. In welcher Form und zu welchem Zeitpunkt dies genau zu geschehen hat, ist je nach Online-Buchungsplattform unterschiedlich geregelt. Ebenfalls unterschiedlich geregelt ist die Frage, wer eine allfällige Preisdifferenz zu tragen hat, das Hotel oder die Plattform.

46. Bestpreisgarantien bilden nicht direkt Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Dennoch sind sie relevant, da die Gewährung einer Bestpreisgarantie durch Preisparitätsklauseln unterstützt werden kann.²⁶ Ebenfalls relevant sein können Bestpreisgarantien bei der Überwachung der Einhaltung der Preisparitätsklauseln, indem auf die Bestpreisgarantie gestützte Forderungen von Endkunden zur Aufdeckung von Verstößen eines Hotels gegen die Preisparitätsklausel führen können.²⁷

A.3.2. Weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln

47. Weiter werden im vorliegenden Verfahren Verfügbarkeitsparitätsklauseln untersucht: Eine solche Klausel besagt, dass freie Zimmer, sofern diese auf vertraglich definierten weiteren Kanälen zur Verfügung gestellt werden, immer auch auf der jeweiligen Plattform anzubieten sind. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln, welche es insbesondere verbieten, einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung zu stellen. Wenn sich die Verfügbarkeitsparität auch auf den Direktvertrieb des Hotels erstreckt, wird von „Last Room Availability“-Klauseln gesprochen.²⁸

48. Eine solche Last Room Availability wird einzig in den untersuchten Anschlussverträgen von Expedia ausdrücklich verlangt:

[...]

²⁵ Vgl. Rz 26 ff.

²⁶ Wobei festzuhalten ist, dass HRS in Deutschland trotz des dortigen Verbots von Preisparitätsklauseln auch weiterhin eine Bestpreisgarantie gegenüber ihren Endkunden abgibt, vgl. <<http://www.hrs.de/web3/showCmsPage.do?clientId=ZGVfX05FWFQ-&cid=45-1&pageId=standard-01869>> (6.2.2015).

²⁷ Vgl. hierzu oben, Rz 44.

²⁸ Verfügbarkeitsparitäten sind nicht zu verwechseln mit vertraglich vereinbarten Mindest- oder Exklusivkontingenten. Diese werden teilweise in den Verträgen der Online-Buchungsplattformen und andere indirekter Vertriebskanäle vorgesehen und stehen im vorliegenden Verfahren nicht in Frage.

49. Die untersuchte Klausel von HRS ist aufgrund der Formulierung „andere Vertriebskanäle“ jedoch ebenfalls dahingehend zu verstehen, dass sie direkte Vertriebskanäle erfasst und damit eine Last Room Availability enthält:

„(...) Das Hotel verpflichtet sich somit, dass

(...)

c. HRS in Bezug auf die Verfügbarkeit nicht schlechter behandelt wird als andere Vertriebskanäle, so dass auf anderen Vertriebskanälen noch verfügbare Zimmer immer auch bei HRS verfügbar gemacht werden.“

50. Dem mündlichen Einwand von HRS im Rahmen der Einvernahme, wonach der direkte Vertriebsweg von ihrer Verfügbarkeits-Parität nicht umfasst sei, ist daher nicht zu folgen. HRS führt diesbezüglich auch aus, dass es den Hotels frei stehe, ihre Zimmer beispielsweise für die Ferienzeit lediglich über direkte Vertriebskanäle zu vertreiben.

51. Auch die untersuchte Klausel von Booking.com kann so verstanden werden, dass sie den direkten Vertriebsweg umfasst, da sie Verfügbarkeits-Parität hinsichtlich aller Wettbewerber von Booking.com verlangt:

„Die Unterkunft gewährt Booking.com Raten- und Verfügbarkeitsparität („Parität“). (...) Verfügbarkeitsparität bedeutet, dass die Unterkunft Booking.com Verfügbarkeiten (d.h. verfügbare Zimmer zur Buchung auf der Plattform) bietet, die mindestens genauso vorteilhaft sind wie die, die einem Wettbewerber von Booking.com (darunter Online- und Offline-Reservierungs- oder Buchungsagenturen sowie Vermittler) und/oder bei einem anderen Dritten (online oder offline), der ein Geschäftspartner der Unterkunft ist oder auf irgendeine andere Weise mit der Unterkunft verbunden ist, angeboten werden.“

52. Booking.com selbst sagt zwar aus, dass ihre Klausel keine Last Room Availability enthalte. Wenn aber festgestellt werde, dass ein Hotel für eine bestimmte Zeit auf der eigenen Homepage noch Zimmer zur Verfügung habe, werde dieses kontaktiert und es werde nachgefragt, ob es diese Zimmer auch auf Booking.com anbieten möchte. Dem Einwand von Booking.com kann daher ebenfalls nicht gefolgt werden.

53. Die Einhaltung der Verfügbarkeitsparität wird durch die Online-Buchungsplattformen, auch in technischer Hinsicht, grundsätzlich gleich überwacht wie die Preisparitätsklauseln. Das Ausmass der Überwachung unterscheidet sich jedoch je nach Partei. Während [...] überprüft Booking.com gemäss eigenen Aussagen lediglich die absolute Verfügbarkeit.

A.3.3. Weite Konditionenparitätsklauseln

54. Mit der Preisparitätsklausel eng zusammen hängt die sogenannte Konditionenparität. Die Kombination eines bestimmten Preises mit bestimmten Konditionen wird als Rate bezeichnet, weshalb diese beiden Paritäten gemeinsam teilweise auch als Ratenparität bezeichnet werden. Die Online-Buchungsplattformen verlangen Parität bezüglich Buchungskonditionen, die mit einer bestimmten Hoteldienstleistung verbunden sind, wie Buchungsfristen, Stornierungsbedingungen, Anreisezeiten etc. [...].

55. Gegenstand der Untersuchung sind sogenannte weite Konditionenparitätsklauseln, welche es insbesondere verbieten, einer konkurrierenden Online-Buchungsplattform vorteilhaftere Konditionen zur Verfügung zu stellen. In den untersuchten Verträgen von Booking.com und Expedia ist die Konditionenparität [...] enthalten. Die untersuchte Klausel von HRS enthält betreffend Konditionen einen separaten Absatz:

„(...) Das Hotel verpflichtet sich somit, dass

(...)

d. HRS in Bezug auf die Buchungs- und Stornierungskonditionen für den Kunden nicht schlechter behandelt wird als andere Vertriebskanäle, so dass günstigere Konditionen, die das Hotel auf anderen Buchungs- und Reiseplattformen im Internet sowie den eigenen Vertriebskanälen online und offline anbietet oder anbieten lässt, auch bei HRS gelten.“

56. Die Einhaltung der Konditionenparität [...].Allerdings wird in Fällen, bei denen mögliche Verstösse gegen Preisparitätsklauseln festgestellt werden, unter anderem geprüft, ob dies auf unterschiedliche Buchungsbedingungen zurückzuführen ist, wodurch ebenfalls erfasst wird, ob möglicherweise ein Verstoß der Hotels gegen die Konditionenparität vorliegt. [...]

A.3.4. Keine Beurteilung von engen Paritätsklauseln

57. Vor dem Hintergrund von kartellrechtlichen Verfahren in Italien, Frankreich und Schweden hat sich Booking.com gegenüber den entsprechenden Wettbewerbsbehörden verpflichtet, seine Paritätsklauseln in verschiedenen Punkten anzupassen²⁹ und hat entsprechende unilaterale Anpassungen seiner Paritätsklauseln auch seit zumindest dem 1. Juli 2015 gegenüber seinen Partner-Hotels im gesamten EWR sowie der Schweiz eingeführt. Danach hat Expedia seit zumindest dem 1. August 2015 ebenfalls entsprechende Anpassungen gegenüber seinen Partner-Hotels in Europa vorgenommen. HRS hat hingegen lediglich angekündigt, allenfalls im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung zu entsprechenden Anpassungen der Vertragsbedingungen gegenüber Partner-Hotels in der Schweiz bereit zu sein. Nachfolgend werden die Kernelemente der durch Booking.com sowie Expedia angepassten Paritätsklauseln erläutert. Ebenso wird aufgezeigt, dass mangels praktischer Erfahrungen über einen längeren Zeitraum derzeit nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob die angepassten Paritätsklauseln kartellrechtlich unbedenklich sind oder nicht. Bei den angepassten Paritätsklauseln handelt es sich um sogenannte enge Paritätsklauseln. Diese unterscheiden sich von weiten Paritätsklauseln, welche Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, insbesondere darin, dass diese eine unterschiedliche Behandlung verschiedenere Online-Buchungsplattformen hinsichtlich Preisen, Verfügbarkeiten sowie Konditionen zulassen.

a) Enge Preisparitätsklauseln

58. Die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Preisparitätsklauseln verlangen nach wie vor, dass die Preise auf der entsprechenden Online-Buchungsplattform tiefer oder gleich sein müssen, als auf den direkten Online-Vertriebskanälen der Partner-Hotels. Unter Einhaltung dieser Restriktion ist es, im Gegensatz zu den weiten Preisparitätsklauseln, den Partner-Hotels jedoch möglich, unterschiedliche Preise zwischen Online-Buchungsplattformen festzulegen.

59. Booking.com geht davon aus, dass die engen Preisparitätsklauseln dazu führen, dass Online-Buchungsplattformen gegenüber ihren Partner-Hotels Anreize haben, diesen tiefere Kommissionen im Austausch für tiefere Preise anzubieten. Allerdings ist es derzeit noch unklar, ob sich diese Prognose sich bewahrheitet. So haben die Parteien bei den Anhörungen vor der WEKO festgehalten, dass es derzeit noch nicht möglich sei, entsprechende Entwicklungen tatsächlich zu beobachten. Auch gelten Anpassungen der Preisparitätsklauseln, d.h. die Möglichkeit tiefere Preise als auf insbesondere der eigenen Homepage eines Hotels anzubieten, nicht für Online-Buchungsplattformen, welche direkt oder indirekt durch Hotels oder

²⁹ Vgl. Rz 143.

Hotelketten kontrolliert werden sowie für Preise, welche durch Hotels über Meta-Suchmaschinen beworben werden.

60. Hingegen kann ein Preissignal bezüglich der absoluten Höhe der Kommissionen der Online-Buchungsplattformen, in Form eines entsprechenden Rabatts auf der eigenen Homepage des Hotels, auch unter dieser Form der Preisparitätsklauseln den Endkunden nicht vermittelt werden. Auch bestreitet insbesondere der SHV, dass Hotels überhaupt bereit wären, auf Online-Buchungsplattformen tiefere Preise anzusetzen als auf der eigenen Homepage, da dies zu einer Kannibalisierung des Direktvertriebs führen würde. Umgekehrt geht aus den Resultaten einer durch Booking.com in Auftrag gegebenen Umfrage zwar hervor, dass eine Mehrheit der befragten Partner-Hotels grundsätzlich bereit wäre, unterschiedliche Preise auf verschiedenen Online-Buchungsplattformen festzulegen. Allerdings wurde dabei gerade nicht gefragt, ob die Partner-Hotels auch dazu bereit wären, wenn hierzu tiefere Preise als im Direktvertrieb erforderlich wären.

b) Enge Verfügbarkeitsparitätsklauseln

61. Die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Verfügbarkeitsparitätsklauseln sehen vor, dass darauf verzichtet wird, Partner-Hotels zu verpflichten, der Online-Buchungsplattform dieselbe oder eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung zu stellen, als bei anderen Online-Buchungsplattformen oder dem Hotel selbst.

62. Allerdings lassen auch die angepassten Verfügbarkeitsparitätsklauseln zu, dass Online-Buchungsplattformen (soweit vorhanden) dauernd eine relevante Anzahl Zimmer verlangen können. So kann insbesondere eine situative Schliessung einzelner Online-Buchungsplattformen auch gemäss den angepassten Verfügbarkeitsparitätsklauseln untersagt werden. Hingegen bringt Booking.com vor, dass diese Anpassung den Partner-Hotels mehr Möglichkeiten gebe, ihre Verfügbarkeiten zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen variieren, und damit beispielsweise eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen zu bevorzugen, indem dieser eine grössere Anzahl Zimmer zur Verfügung gestellt wird

c) Anpassungen bezüglich Ausnahmen von Paritätsklauseln

63. Schliesslich sehen die durch Booking.com und Expedia neu eingeführten engen Paritätsklauseln vor, dass Buchungen über geschlossene Benutzergruppen nicht den Preisparitätsklauseln unterliegen. Ebenfalls werden Buchungen über Offline-Buchungskanäle explizit von den angepassten Preisparitätsklauseln ausgenommen.

64. Die explizite Anerkennung der Möglichkeit für alle Hotels, den Mitgliedern von geschlossenen Benutzergruppen tiefere Preise anzubieten, ohne dass dies gegen die engen Preisparitätsklauseln verstösst, stellt im Allgemeinen gegenüber den ursprünglichen Vertragsklauseln eine formale Verbesserung dar. Expedia [...]. Gewisse Hotelketten verfügten bereits vor Einführung der engen Paritätsklauseln über eigene geschlossene Nutzergruppen. Inwiefern insbesondere für unabhängige Hotels das Konzept geschlossener Nutzergruppen von praktischer Relevanz ist, lässt sich derzeit allerdings nicht abschliessend feststellen.

65. Auch die Tatsache, dass Offline-Buchungen (wie insbesondere Walk-In-Kunden und Buchungen per Brief, E-Mail Fax oder Telefon) von den angepassten Preisparitätsklauseln ausgenommen sind, kann gegenüber den ursprünglichen Paritätsklauseln als eine formale Verbesserung betrachtet werden. Allerdings ist festzuhalten, dass eine Überwachung der

Einhaltung von Preisparitätsklauseln in diesen Bereichen zuvor ohnehin, wenn überhaupt, nur eingeschränkt erfolgte.³⁰

66. Die genannten Möglichkeiten für Partner-Hotels auf dem direkten Vertriebskanal gegenüber Online-Buchungsplattformen tiefere Preise anzubieten, unterliegen allerdings gewissen Einschränkungen, indem beispielsweise jegliche Veröffentlichung entsprechender konkreter Preise oder ausreichender Details, welche die Berechnung konkreter Preise erlauben, verboten wird.

d) Fazit

67. Zumindest in formaler Hinsicht werden durch die engen Paritätsklauseln den Partner-Hotels weniger Restriktionen auferlegt als gemäss den ursprünglichen, weiten Paritätsklauseln. Wie vorhergehend aufgezeigt wurde, gibt es zu den einzelnen Elementen dieser Anpassungen jeweils entgegengesetzte Argumente hinsichtlich möglicher praktischer Auswirkungen dieser Anpassungen. Aufgrund fehlender Erfahrungen über einen längeren Zeitraum hinweg ist jedoch derzeit noch unklar, wie sich die angepassten Paritätsklauseln in der Praxis auswirken. So kann derzeit nicht abschliessend beurteilt werden, inwiefern die angepassten Paritätsklauseln zu einer wesentlichen Verbesserung des Wettbewerbs, beispielsweise hinsichtlich der Höhe der Kommissionen auf Stufe der Online-Buchungsplattformen führen. Dies haben letztlich auch die Parteien anlässlich der Anhörungen bestätigt.

68. Gesamthaft betrachtet sind die engen Paritätsklauseln in verschiedenen Punkten in formaler Hinsicht weniger weitgehend als weite Paritätsklauseln, welche als kartellrechtlich unzulässig betrachtet werden. Allerdings lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht feststellen, ob enge Paritätsklauseln in praktischer Hinsicht im Resultat dazu führen, dass diese aus kartellrechtlicher Sicht eindeutig als unbedenklich betrachtet werden können. Dass es einer gewissen Zeit bedarf, um die tatsächlichen Auswirkungen von engen Paritätsklauseln zu beobachten, geht letztlich auch daraus hervor, dass die Wettbewerbsbehörden von Frankreich sowie Italien im Rahmen des Vergleichs mit Booking.com eine Evaluation der angepassten Paritätsklauseln betreffend deren Auswirkungen nach einem Jahr angeordnet haben. Auch die CMA hat geäußert, dass es derzeit noch zu früh ist, um die tatsächlichen Auswirkungen der Anpassungen durch Booking.com und Expedia auf dem Markt zu beurteilen.

69. Da es somit derzeit noch unklar ist, ob enge Paritätsklauseln tatsächlich zu einer Beseitigung der in der vorliegenden Untersuchung betrachteten Wettbewerbsbeschränkung führen, ist auch der Abschluss einer entsprechenden einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG auszuschliessen. Zumal im Rahmen der vorliegenden Untersuchung lediglich weite Paritätsklauseln abschliessend beurteilt und als unzulässig betrachtet werden, kann die Frage, ob enge Paritätsklauseln zulässig sind oder nicht, aufgrund der vorliegend genannten Gründe derzeit offen gelassen werden. Es wird aber ausdrücklich die Möglichkeit offen gelassen, nach Beobachtung der Marktentwicklung über einen relevanten Zeitraum im Rahmen eines erneuten Verfahrens zu beurteilen, ob enge Paritätsklauseln kartellrechtlich zulässig sind oder nicht.

70. Vor diesem Hintergrund beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf weite Paritätsklauseln, wie sie von Booking.com vor dem 1. Juli 2015, von Expedia vor dem 1. August 2015 sowie von HRS bis zum Zeitpunkt dieser Verfügung gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz verlangt wurden. Aus Gründen der Lesbarkeit wird darauf verzichtet, durchge-

³⁰ Vgl. Rz 39.

hend explizit darauf hinzuweisen, dass sich die Erwägungen auf eine Situation mit weiten Paritätsklauseln beziehen. Bei Erwägungen im Zusammenhang mit neu eingeführten engen Paritätsklauseln wird hingegen explizit darauf hingewiesen.

B. Verfahren

B.1. Auslöser des Verfahrens / Marktbeobachtung

71. Im April 2011 trat ein Hotelier betreffend Geschäftspraktiken der Online-Buchungsplattformen telefonisch mit dem Sekretariat in Kontakt. In einem Schreiben vom 8. April 2011 weist er insbesondere auf Preisparitätsklauseln hin. Auch der SHV wurde in dieser Sache beim Sekretariat anlässlich einer Sitzung am 28. Juni 2011 vorgestellt.

72. Im Rahmen der Marktbeobachtung fanden im Verlauf des Jahres 2011 und Anfangs 2012 diverse Gespräche und Briefwechsel insbesondere mit dem betreffenden Hotelier und dem SHV statt.

B.2. Vorabklärung

73. Mit Schreiben vom 6. Juni 2012 stellte das Sekretariat Booking.com (Schweiz) AG einen Fragebogen zu und eröffnete eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Der Fragebogen wurde mit Schreiben vom 13. Juni 2012 aktualisiert und von Booking.com (Schweiz) AG fristgerecht beantwortet.

74. Im Rahmen der Vorabklärung fand am 15. Oktober 2012 ein zweites Treffen mit Vertretern des SHV statt.

B.3. Untersuchung

75. Am 11. Dezember 2012 eröffnete das Sekretariat die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Booking.com, Expedia und HRS. Gleichzeitig erfolgte die Orientierung der Wettbewerbsbehörden in Deutschland, den USA und den Niederlanden. Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 28. Dezember 2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt³¹ sowie im Bundesblatt³² publiziert. Zusammen mit dem Eröffnungsschreiben wurde den Parteien ein Fragebogen zugestellt, welcher von allen Parteien fristgerecht beantwortet wurde. Den nicht an der Vorabklärung beteiligten Parteien wurde zudem Einsicht in die zu jenem Zeitpunkt bereits bereinigten und aus der Vorabklärung übernommenen Akten gewährt.

76. Mit Schreiben vom 23. Januar 2013 meldete der SHV seine Beteiligung am vorliegenden Verfahren als beteiligter Dritter im Sinne von Art. 43 KG fristgerecht an. Nachdem das Sekretariat im April 2013 ein telefonisches Ersuchen des SHV um Akteneinsicht ablehnte, beantragte der SHV darüber hinaus am 2. Mai 2013 Parteistellung in der vorliegenden Untersuchung. Mit Schreiben vom 14. Mai 2013 lehnte das Sekretariat den Antrag auf Parteistellung ab. Am 11. Juni 2013 erging, auf Gesuch des SHV, eine anfechtbare Zwischenverfügung des Sekretariats in dieser Angelegenheit, welche der SHV mit Beschwerde vom 12. Juli 2013 vor Bundesverwaltungsgericht anfocht. Mit Entscheid vom 1. Juli 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab. Daraufhin verzichtete der SHV auf eine weitere Beschwerde vor Bundesgericht, womit der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Rechtskraft erwuchs. Für weitere Einzelheiten dieses Verfahrensabschnitts wird auf die Akten verwiesen.

³¹ Vgl. SHAB Nr. 252 vom 28. Dezember 2012, Nr. 6995854.

³² Vgl. BBI 2012 9832.

B.3.1. Untersuchungshandlungen

77. Neben der schriftlichen Befragung der Parteien erfolgte im 2. und 3. Quartal 2013 die Befragung von 220 nach dem Zufallsprinzip aus dem Telefonbuch ausgewählten Hotels. Ebenfalls informiert über diese Befragung wurden die Dachverbände SHV und GastroSuisse³³. Von den befragten Hotels haben 175 den Fragebogen in verwertbarer Weise beantwortet. Die übrigen konnten teilweise nicht zugestellt werden oder die Betriebe konnten den Fragebogen aus anderen Gründen nicht in verwertbarer Weise beantworten, sei es, weil der Betrieb geschlossen wurde, es sich um Gruppenunterkünfte oder Kurbetriebe handelte oder die Zimmer ausschliesslich an Dauermieter vermietet werden, weshalb diese Betriebe ihre Zimmer nicht wie sonst für Hotels üblich vertreiben. 16 Fragebogen blieben gänzlich unbeantwortet, jedoch wurde aus prozessökonomischen Gründen darauf verzichtet, die Antworten mittels Auskunftsverfügung einzufordern.

78. Mit Schreiben vom 20. Februar 2014 wurde verschiedenen weiteren im Hotel-Vertrieb tätigen Unternehmen, namentlich ebookers, STC Switzerland Travel Centre, Kuoni, Hotelplan Travel, TUI Suisse, GHIX und Justbook Fragebogen zugestellt. Justbook, welche ihren Sitz in Deutschland hat und das Verfahren vor Bundeskartellamt in gleicher Angelegenheit angestrengt hat, beantwortete den Fragebogen nicht. Die übrigen Fragebogen wurden innert (teilweise erstreckter) Frist beantwortet.

79. Im April 2014 wurden die Parteien einzeln einvernommen. Vor und nach den Einvernahmen wurden den Parteien jeweils schriftlich Zusatzfragen zugestellt, welche innert erstreckter Frist beantwortet wurden.

80. [...]

81. [...]

82. [...]

83. [...]

84. [...]

B.3.2. Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien sowie des beteiligten Dritten

85. Am 10. April 2015 versandte das Sekretariat den Antrag zusammen mit einem aktualisierten Aktenverzeichnis sowie den entsprechenden Akten in elektronischer Form an die Parteien. Gleichentags wurde der Antrag an den SHV als beteiligtem Dritten versandt. Es wurde eine Frist zur Stellungnahme bis zum 12. Mai 2015 angesetzt.

86. Im Nachgang zum Versand des Antrags stellte Booking.com mit Schreiben vom 4. Juni 2015 ein Gesuch, in welchem das Sekretariat insbesondere um Erläuterungen zu einzelnen inhaltlichen Elementen des Antrags sowie zum Inhalt einzelner Aktenstücke ersucht wurde. Eine entsprechende Stellungnahme des Sekretariats zuhanden von Booking.com erfolgte mit Schreiben vom 8. Juni 2015. Dieses Schreiben wurde auch den anderen Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt.

³³ GastroSuisse ist der Verband für Hotellerie und Restauration in der Schweiz, dem insgesamt rund 20'000 Mitglieder (davon rund 3'000 Hotels) angehören. Vgl. <<http://www.gastrouisse.ch/de/gastrouisse/verband/?>> (27.1.2015).

87. Sämtliche Parteien sowie der SHV nahmen innert erstreckter Frist Stellung zum Antrag. Sämtliche Parteien beantragten in ihren Stellungnahmen Anhörungen durch die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.

88. Nachfolgend werden die weiteren Kernelemente der Stellungnahmen übersichtshalber kurz dargestellt. Im Einzelnen wird auf die vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Allerdings ist diesbezüglich bereits hier auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass im Entscheid respektive der Verfügung eine einlässliche Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wäre. Vielmehr kann sich der Entscheid resp. die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken.³⁴

B.3.2.1. Booking.com

89. Booking.com hält daran fest, dass Paritätsklauseln zu keiner kartellgesetzlich relevanten Wettbewerbsbeschränkung führen. Zudem wird darauf verwiesen, dass zwischenzeitlich enge Paritätsklauseln von den Wettbewerbsbehörden in Frankreich, Italien und Schweden angenommen worden seien³⁵ und Booking.com diese auf den 1. Juli 2015 gegenüber den Partner-Hotels in der Schweiz von sich aus umsetzen werde. Vor diesem Hintergrund stellt sich Booking.com auf den Standpunkt, dass dadurch die im Antrag genannten wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausgeräumt seien. Somit sei die Untersuchung ohne Folgen einzustellen. Ebenfalls sei von einer isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com, welche im Antrag des Sekretariats enthalten war, abzusehen.

90. Wie zuvor ausgeführt wurde, sind die durch Booking.com eingeführten engen Paritätsklauseln, welche seit dem 1. Juli 2015 gegenüber deren Partner-Hotels in der Schweiz gelten, nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, da eine abschliessende Beurteilung insbesondere bezüglich deren praktischen Auswirkungen derzeit noch nicht möglich ist.³⁶ Jedoch wiederholt Booking.com im Zusammenhang mit engen Paritätsklauseln, insbesondere bezüglich dem möglichen Vorliegen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG, grösstenteils die entsprechenden zuvor gemachten Ausführungen bezüglich weiterParitätsklauseln.

B.3.2.2. HRS

91. HRS wiederholt im Wesentlichen die Einschätzung, dass kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliege, beantragt allerdings den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG gemäss den engen Paritätsklauseln von Booking.com. Des Weiteren bemängelt HRS insbesondere, dass sich die Untersuchung nicht gegen vergleichsweise noch kleinere Anbieter (insbesondere STC und ebookers) richte, wohingegen HRS als drittgrösste Online-Buchungsplattform als Partei im vorliegenden Verfahren involviert sei.

³⁴ Vgl. dazu statt anderer etwa Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.

³⁵ Vgl. hinten, Rz 143 ff.

³⁶ Vgl. hierzu Rz 57ff.

B.3.2.3. Expedia

92. Auch Expedia hält in der Stellungnahme zum Antrag daran fest, dass keine Wettbewerbsbeschränkung im kartellrechtlichen Sinne vorliege und wiederholt hierzu grossmehrheitlich bereits zuvor vorgebrachte Argumente. So sei insbesondere die dem Antrag zugrunde liegende Marktabgrenzung zu eng und auch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sei fälschlicherweise verneint worden. Ebenfalls ergebe sich ein Widerspruch in der Feststellung im Antrag, dass Paritätsklauseln auf Ebene der Hotels zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, dies jedoch auf Ebene der Online-Buchungsplattformen der Fall sei. Schliesslich sei ein zeitlich unbefristetes Verbot von Paritätsklauseln unverhältnismässig und es seien mildere Mittel zur Beseitigung der im Antrag beschriebenen Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen, wie insbesondere der Vergleichsvorschlag von Booking.com. Ohnehin sei eine Umsetzung des Vergleichsvorschlags allein durch Booking.com genügend, um allfällige Wettbewerbsbeschränkungen gänzlich zu beseitigen. Schliesslich beantragt Expedia eine Reduktion der ihnen auferlegten Verfahrenskosten auf 1/9 der Gebühren.

B.3.2.4. SHV

93. Der SHV hält fest, dass die relevanten Abläufe und Mechanismen sehr konzis dargestellt würden, so dass sich keine Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen zum Sachverhalt ergeben würde. Hingegen seien Booking.com, HRS und Expedia entgegen den Ausführungen im Antrag kollektiv marktbeherrschend und es würde ebenso ein entsprechendes missbräuchliches Verhalten vorliegen. Dennoch verzichtet der SHV, um einen Entscheid nicht zu verzögern, auf weitere Ausführungen hierzu. Des Weiteren wird festgehalten, dass der Vergleichsvorschlag von Booking.com die wettbewerbsverhindernde Wirkung der Paritätsklausel faktisch perpetuieren würde und nur vordergründige Zugeständnisse enthalte. So sei die Begründung für den entsprechenden Entscheid der französischen Wettbewerbsbehörden nicht nachvollziehbar und entspreche jedenfalls in der Schweiz in keiner Weise den ökonomischen Realitäten. Schliesslich wird beantragt, dass bei einem Verbot von Paritätsklauseln im Dispositiv des Entscheids ein Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde festzuhalten sei.

B.3.3. Anhörungen durch die WEKO

94. Am 7. September 2015 führte die WEKO Anhörungen aller Verfahrensbeteiligten gemäss Art. 30 Abs. 2 KG durch. Die Anhörungen erfolgten auf Antrag der Verfahrensbeteiligten. Dabei wurde den Parteien (Booking.com, Expedia und HRS) sowie dem SHV als beteiligtem Drittem die Gelegenheit eingeräumt, eine mündliche Stellungnahme zum Fall abzugeben. Anschliessend stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der WEKO Fragen an die Verfahrensbeteiligten. Die Anhörungen wurden protokolliert und durch die Verfahrensbeteiligten unterschrieben. Inhaltlich haben die Verfahrensbeteiligten im Wesentlichen dieselben Argumente vorgetragen, die sie auch in ihren oben dargestellten schriftlichen Stellungnahmen vorgebracht haben. Auf die Vorbringen im Rahmen der Anhörungen wird ebenfalls – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

C. Erwägungen

C.1. Geltungsbereich

C.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

95. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.³⁷

96. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen Booking.com, HRS sowie Expedia. Diese bieten einerseits gegenüber Hotels eine Distributionsdienstleistung an und stellen andererseits den Endkunden die entsprechenden Buchungsmöglichkeiten zur Verfügung.

97. HRS macht jedoch geltend, sie stehe mit den Hotels in einem reinen Handelsvertreterverhältnis und sei deshalb im Vornhinein nicht dem KG unterstellt.³⁸ Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht der EU³⁹ gibt es diesbezüglich in der Schweiz keine spezifischen Bestimmungen. Absatzmittler sind, wie andere Unternehmen und Vertriebsbindungen auch, vielmehr am Kartellgesetz zu messen.⁴⁰

98. Entsprechend dem Erwägungsgrund VII. der Vertikalbekanntmachung⁴¹, welche eine analoge Anwendung von europäischen Regeln vorsieht, kann jedoch der Risikoansatz sowie die den EU-Vertikalleitlinien zugrunde liegende Idee dem Grundsatz nach und im Rahmen einer Einzelfallprüfung übernommen werden. Demnach könnten auch in der Schweiz gewisse Vertriebspartner, die für einen Geschäftsherrn in einem bestimmt gearteten Vertretungsverhältnis handeln, unter Umständen kartellrechtlich anders zu behandeln sein als eigenverantwortlich agierende Händler.⁴² Eine solche Konstellation ist jedoch vorliegend nicht gegeben.

99. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass in keinem der europäischen Verfahren in gleicher Angelegenheit auf das Vorliegen einer von der Anwendung von Art. 101 AEUV⁴³ ausgenommenen Handelsvereinbarung geschlossen wurde. Dies wurde vielmehr teilweise ausdrücklich

³⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BGER 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

³⁸ Auch Expedia hat dieses Argument im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag vorgebracht.

³⁹ Vgl. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010 S. 1 ff. (Vertikalleitlinien), Rz 12 ff.

⁴⁰ Vgl. RPW 2013/4, 481 f. Rz 32., *Costa Kreuzfahrten*.

⁴¹ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

⁴² Vgl. zum Ganzen: RPW 2013/4, 481 f. Rz 33 ff., *Costa Kreuzfahrten*.

⁴³ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 (AEUV).

verneint, weil die Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind.⁴⁴ Denn bereits die Tätigkeit der Online-Buchungsplattformen zeichnet sich gerade durch hohe marktspezifische Investitionen aus, beispielsweise durch Investitionen bezüglich der Promotion der eigenen Plattform und der entsprechenden Vertriebsinfrastruktur (Homepage, Reservationssysteme, IT-Infrastruktur etc.). Auch sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln, welche von den Online-Buchungsplattformen gegenüber den Hotels durchgesetzt werden, gerade nicht mit dem einem Handelsvertreterverhältnis inhärenten Primat des Auftraggebers vereinbar. Damit sind die Verhaltensweisen der Online-Buchungsplattformen vorliegend regulär am Kartellgesetz zu messen.

100. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit der Gesellschaften verhält, gegen welche die vorliegende Untersuchung eröffnet wurde, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte⁴⁵ stehen hier offenkundig nicht zu Beurteilung. Fest steht, dass all diese Gesellschaften rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften sind. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist.⁴⁶

C.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

101. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

102. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

103. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar⁴⁷. Ob es sich bei Booking.com alleine oder den drei Parteien gemeinsam um marktbeherrschende Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt und ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Wird die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.⁴⁸

⁴⁴ Vgl. insbesondere Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 8, *HRS*.

⁴⁵ Etwa ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

⁴⁶ RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*, siehe dazu nachfolgend Rz 106 ff.

⁴⁷ Vgl. RPW 2001/2, 268 Rz 79; Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 547 f.; JÜRGEN BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005, Art. 2 N 14.

⁴⁸ Vgl. Rz 412.

C.1.3. Örtlicher Geltungsbereich

104. Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist dieses Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip). Mit anderen Worten kommt es nicht darauf an, wo eine Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wurde. Stattdessen ist massgebend ob sich diese im schweizerischen Markt auswirkt.⁴⁹

105. Die vorliegend zu prüfenden Vertragsklauseln werden von den Parteien mit Hotels in der Schweiz vereinbart und haben damit Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz. Das Kartellgesetz ist folglich anwendbar.

C.2. Materielle Verfügungsadressatinnen

C.2.1. Allgemeines

106. Insbesondere wenn ein Konzern als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist oder wenn, wie hier, die Frage nach dem Vorliegen eines Konzerns offen gelassen wurde,⁵⁰ stellt sich die Frage, welche Gesellschaft resp. Gesellschaften innerhalb dieses Konzerns Verfügungsadressatin ist resp. sind. Ein Konzern als solcher ist im schweizerischen Recht kein Rechtssubjekt, hat mithin keine Rechtspersönlichkeit. Verfügungsadressat kann jedoch aus rechtlichen Gründen nur sein, wer über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, infolgedessen kann ein Konzern als solcher nicht Verfügungsadressat sein. Verfügungsadressaten können nur, aber immerhin, einzelne Gesellschaften des Konzerns sein, weshalb nachfolgend zu bestimmen ist, welche dies sind. Zu unterscheiden ist dabei in grundsätzlicher Hinsicht zwischen materiellen und formellen Verfügungsadressaten.

107. Als *materielle* Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.⁵¹ Sie haben ohne weiteres Parteistellung in einem Verfahren.⁵² Als *formelle* Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.⁵³ Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG⁵⁴ zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.⁵⁵ Auch solchen Dritten kommt, obwohl – wie gesagt – die Verfügung nicht unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Personen regelt, aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.⁵⁶ Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle

⁴⁹ BBI 1995 I 468, 535.

⁵⁰ Siehe dazu Rz 100.

⁵¹ RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

⁵² Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

⁵³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁵⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁵⁵ So RPW 2012/1, 89 Rz 78, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵⁶ Dazu etwa HÄNER (Fn 52), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H.

und formelle Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden (insofern könnte die Bezeichnung als formelle Verfügungsadressatin missverstanden werden). Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der materiellen Verfügungsadressatin gleich⁵⁷ oder gerade entgegengerichtet⁵⁸ sein können).⁵⁹

C.2.2. Materielle Verfügungsadressatin bei Konzernverhältnissen

108. Die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin kann schwierig sein, wenn die fraglichen Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.⁶⁰ Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie diesem, zumindest implizit, zu.⁶¹ Daneben kam es vor, dass die WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert

⁵⁷ So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, *Publigruppe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁵⁸ So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff., Rz 77 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

⁵⁹ Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn 37), Rz 598 ff.

⁶⁰ Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenia (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, *Terminierung Mobilfunk*: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsadressatin erachtet.

⁶¹ Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenia (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin(nen) zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.

hat.⁶² Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.⁶³ Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.⁶⁴

109. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit solchen Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungsadressaten innerhalb eines Konzerns.

110. Die Adressaten der vorliegenden Verfügung sind die in Abschnitt A genannten Gesellschaften. HRS ist die oberste Gesellschaft der HRS-Gruppe. Expedia verfügt mit Expedia, Inc. (Delaware) über eine übergeordnete Holding als Muttergesellschaft. Booking.com wiederum gehört zu The Priceline Group. Sowohl Expedia, wie auch Booking.com haben damit übergeordnete Muttergesellschaften, verfügen jedoch selbst auch – gleich wie HRS – über diverse Tochtergesellschaften.

111. Erfasst werden von der vorliegenden Verfügung jeweils die konkret handelnden Konzerngesellschaften. So verfügen Expedia und HRS [...]. Bei Booking.com werden die Anschlussverträge gar ausdrücklich mit Booking.com und nicht mit den jeweiligen Tochtergesellschaften in den entsprechenden Ländern abgeschlossen. Das in kartellrechtlicher Hinsicht zu beurteilende Verhalten geht damit direkt von diesen Gesellschaften aus, sie stehen mithin dem Geschehen am Nächsten. Sie sind es denn auch, die die angeordneten Massnahmen unmittelbar um- und durchsetzen können. Infolgedessen sind vorliegend Expedia, HRS und Booking.com als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

C.3. Vorbehaltene Vorschriften

112. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

113. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

⁶² RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

⁶³ Urteil des EuGH vom 10.9.2009 C-97/08 P, *Kazoo Nobel et al./Kommission*, Sl.2009 I-8237 Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“; für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

⁶⁴ So etwa RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

C.4. Unzulässige Wettbewerbsabrede

114. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

C.4.1. Vorbemerkungen zum Beweis

115. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Art. 12 VwVG schreibt vor, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Der damit statuierte Untersuchungsgrundsatz⁶⁵ ist auch im Kartellverfahren anwendbar. Ein Verstoss gegen das Kartellgesetz ist daher grundsätzlich durch die Behörden zu untersuchen. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörden für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sind, allen relevanten Tatsachen nachzugehen haben und aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären müssen.⁶⁶

116. Aufgrund dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen richtig und vollständig abzuklären, tragen im Kartellverfahren die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Es ist deren Sache, die Schuld eines betroffenen Unternehmens nachzuweisen und nicht umgekehrt Sache des Unternehmens, seine Unschuld darzutun.⁶⁷ Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht jedoch gestützt auf Art. 13 VwVG eine Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber.⁶⁸

117. Bezüglich des Beweismasses, welches erfüllt sein muss, gilt zusammenfassend Folgendes: Sowohl im ordentlichen Verwaltungsverfahren als auch im Kartellrecht gilt grundsätzlich das Regelbeweismass des Vollbeweises. Nach diesem ist für den Nachweis erforderlich, dass die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von der Verwirklichung der Tatsache überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.⁶⁹

⁶⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 15 ff.

⁶⁶ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

⁶⁷ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.4, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.10.16, *SFS unimarket AG/WEKO*.

⁶⁸ BGE 129 II 18, 33 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.1), *Buchpreisbindung*; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 E. 10.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.1.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.1.1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.2.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

⁶⁹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im

118. Hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist das Beweismass des Vollbeweises herabgesetzt: So hält das Bundesgericht in Sachen *Publigroupe* fest, es sei nicht zu übersehen, dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig sei. So sei etwa bei der Markttabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit seien kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürften mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern, nicht übertrieben werden. In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.⁷⁰

119. Auch gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfährt der Grundsatz der Geltung des Vollbeweises im Kartellrecht bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten eine Relativierung und Einschränkung. So seien im Zusammenhang mit wirtschaftlich komplexen Fragen im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesse eine strikte Beweisführung vielmehr regelmässig aus.⁷¹

120. Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, haben die Wettbewerbsbehörden aufgrund des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK⁷² sowie Art. 30 bzw. 32 BV⁷³ zu beachten.⁷⁴ Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten.⁷⁵

121. Die Unschuldsvermutung bzw. der Grundsatz „in dubio pro reo“ besagt als Beweiswürdigungsregel, dass sich die Wettbewerbsbehörden nicht von der Existenz eines für die sanktionsbedrohte Partei ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären dürfen, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Bestehen solche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen des kartellrechtlichen Sanktionstatbestands, müssen die Wettbewerbsbehörden von der für die sanktionsbedrohte Partei günstigeren Sachlage ausgehen.⁷⁶ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit

Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 118 m.w.H.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 65), in: *Praxiskommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

⁷⁰ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils.

⁷¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

⁷² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

⁷³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101).

⁷⁴ BGE 139 I 72, 78 E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 117 f. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁵ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.1 (= RPW 2013/1, 126. E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁷⁶ In diesem Sinne: Art. 10 Abs. 3 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, StPO; SR 312.0) sowie Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.4, *Paul*

nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.⁷⁷

122. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁷⁸). Die Wettbewerbsbehörden würdigen die Beweise somit nach freier Überzeugung. Sie sind an keine Regeln über den Wert bestimmter Beweismittel gebunden und es gibt keine hierarchische Abstufung der zugelassenen Beweismittel nach ihrem Beweiswert.⁷⁹ Allerdings haben die Wettbewerbsbehörden die Überzeugungskraft der vorliegenden Beweismittel von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten.⁸⁰ Nicht angehen würde es, die Ergebnisse einer Beweiserhebung nur dann in die Beweiswürdigung einzubeziehen, wenn sie der Untermuerung der eigenen Auffassung dienen.⁸¹

123. Im Unterschied zur Beweisführungslast und dem Beweismass regelt die objektive Beweislastverteilung die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer also die Folgen der Beweislosigkeit trägt: Hinsichtlich des Vorliegens von Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 KG tragen die Wettbewerbsbehörden nebst der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast. Gleiches gilt für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.⁸²

C.4.2. Across-Platforms Parity Agreements – allgemeine Überlegungen

124. Preisparitätsklauseln stellen sogenannte „across-platforms parity agreements“ (nachfolgend: APPA) dar. APPAs, teilweise auch retail price MFN („most-favored nation clause“) oder platform MFN genannt, sind Vereinbarungen, welche bei zweiseitigen Plattform-Märkten⁸³ vorkommen. Dabei verpflichtet sich ein Unternehmen, welches ein Produkt über eine Plattform an Endkunden verkauft gegenüber der Plattform, dass der Preis des Produkts relativ zum Preis auf einer anderen Plattform beispielsweise nicht höher sein darf. Solche Vereinbarungen sind, wie vorliegend, insbesondere anzutreffen bei Plattformen, welche als Intermediäre zwischen Anbietern und Endkunden tätig sind, ohne an der Preissetzung für das vermittelte Produkt direkt beteiligt zu sein.

Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.4, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.10.16, SFS unimarket AG/WEKO.

⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

⁷⁸ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁷⁹ Vgl. CHRISTOPH AUER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 12 VwVG N 17; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99.

⁸⁰ So etwa BGE 133 I 33, E. 2.1 (bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht).

⁸¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.3.46, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.41, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁸² Vgl. dazu ergänzend Rz 368.

⁸³ Vgl. Rz 178 ff.

125. Neben Preisparitätsklauseln, welche zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels vereinbart werden, sind beispielsweise auch zwischen Kreditkarten-Unternehmen und Händlern vereinbarte Nichtdiskriminierungs-Klauseln (NDR) oder entsprechende Vereinbarungen im Bereich von E-Books⁸⁴ als APPA zu qualifizieren.⁸⁵

C.4.2.1. Abgrenzung gegenüber anderen Vereinbarungen bezüglich Preisen

126. Aus der Tatsache, dass Plattformparitäten lediglich relative Preise zum Inhalt haben, unterscheiden sich diese insbesondere von Preisbindungen zweiter Hand, welche absolute Preise oder Preiselemente betreffen.⁸⁶

127. Auch gegenüber anderen Formen von sogenannten Price Relationship Agreements (d.h. Vereinbarungen, welche relative Preise betreffen, nachfolgend PRAs) können APPAs abgegrenzt werden.⁸⁷ Dabei kann im Wesentlichen auf zwei Elemente abgestellt werden: Einerseits kann unterschieden werden ob eine Vereinbarung mit jenem Marktteilnehmer getroffen wird, welcher den entsprechenden Preis tatsächlich bezahlt. Andererseits kann unterschieden werden, auf welche anderen Marktteilnehmer sich die PRA bezieht. Gemäss diesen Kriterien ergibt sich die in Abbildung 2 ersichtliche Systematik, aus welcher die nachfolgend erläuterten weiteren Formen von PRAs hervorgehen.

128. Bei across-sellers PRAs, auch meeting-competition clauses genannt, wird dem Käufer eines Produktes für den Fall, dass dieser ein besseres Preisangebot von einem anderen Anbieter erhält, eine entsprechende Preisanpassung versprochen. Die gegenüber Endkunden gewährten Bestpreisgarantien,⁸⁸ wie sie auch teilweise von den Parteien angeboten werden, können je nach konkreter Ausgestaltung solchen Vereinbarungen entsprechen.

129. Bei across-customer PRAs, auch most-favored nation clause (MFN) oder most-favored customer clause genannt, verpflichtet sich ein Verkäufer gegenüber einem Käufer, dass dieser die gleich guten Konditionen erhält wie andere Kunden des Verkäufers. Es handelt sich somit um klassische Meistbegünstigungsklauseln.⁸⁹

130. Bei pricing relativities agreements handelt es sich schliesslich um eine (in der Realität eher selten anzutreffende) Vereinbarung, wonach ein Verkäufer durch den Hersteller eines Produkts angehalten wird, die Preise für dieses jeweils an die Preise für ein Konkurrenzprodukt anzupassen.

⁸⁴ Vgl. <<http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>> (16.3.2015); KOMM, ABI. 2013 C 378/14, *E-Books*; siehe auch ANNA WOLF-POSCH, Bestpreisklauseln in Internetplattformmärkten im Visier der Wettbewerbsbehörden in: Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht, S 138 f.

⁸⁵ Vgl. hierzu Rz 137 ff. sowie STEVEN C. SALOP/FIONA SCOTT MORTON, Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, *Antitrust*, Vol. 27, No. 2, 2013, 15 ff.

⁸⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Rz 166 ff.

⁸⁷ Die nachfolgende Systematik folgt, wie auch die Abbildung 2, den Ausführungen in: Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione (LEAR), Can "Fair" Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements, report prepared for the OFT by Lear, 2012 <http://www.learlab.com/pdf/oft1438_1347291420.pdf> (20.1.2015).

⁸⁸ Vgl. Rz 44ff.

⁸⁹ Für eine ökonomische Beurteilung von meeting-competition clauses sowie most-favored nation clauses siehe MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, 2009, 157.

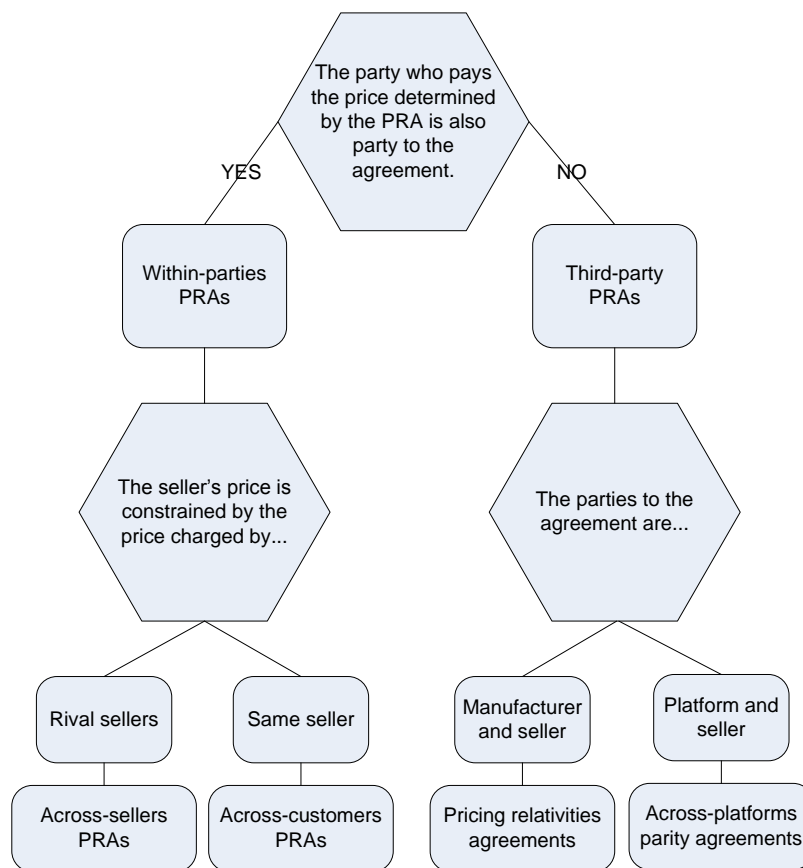


Abbildung 2: Klassifizierung von price relationship agreements. (Quelle: Lear-Report, vgl. Fn 87)

C.4.2.2. Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – Literatur

131. Während die Wettbewerbswirkungen von klassischen Meistbegünstigungsklauseln sowie gegenüber Nachfragern gewährten Bestpreisgarantien bereits seit längerer Zeit Gegenstand von theoretischen Überlegungen waren, ist die Literatur, welche sich mit der Beurteilung von APPAs beschäftigt, eher jüngeren Datums. Im Allgemeinen wird argumentiert, dass die Plattformen bei Vorhandensein einer APPA einen Anreiz haben, die verlangten Gebühren zu Lasten der auf der Plattform tätigen Verkäufer zu erhöhen, zumal eine Preiserhöhung aufgrund der APPA nur beschränkt auf die Endkunden abgewälzt werden kann. Ebenso ist es denkbar, dass Markteintritte behindert werden.⁹⁰

132. Eine ausführliche Erläuterung von möglichen Wettbewerbswirkungen findet sich in LEAR⁹¹, wo folgende möglichen Effekte identifiziert werden:⁹²

⁹⁰ ANDRE BOIK/KENNETH S. CORTS, The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry, Working Paper, University of Toronto, 2013.

⁹¹ Vgl. Fn 87.

⁹² Zusätzlich wird ausgeführt, dass unter einer Reihe von restriktiven Voraussetzungen eine APPA als Signal für die Kostenstruktur einer Plattform dienen kann.

C.4.2.2.1. Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen

133. Eine Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen aufgrund von APPA kann sich aufgrund der Tatsache ergeben, dass durch solche Klauseln verhindert wird, dass die Endkunden ein unmittelbares Preissignal bezüglich der Kosten einzelner Plattformen erhalten. Wenn die Endkunden mehrere Plattformen verwenden können, entstehen einer Plattform durch eine Senkung des eigenen Kommissionssatzes keine unmittelbaren Vorteile, da eine allfällig daraus resultierende Senkung der Endkundenpreise letztlich auch für die anderen Plattformen gilt. Dieser Mechanismus steht im vorliegenden Verfahren insbesondere im Rahmen der Frage, ob eine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, im Vordergrund.⁹³

C.4.2.2.2. Behinderung von Markteintritten

134. Es besteht zusätzlich die Möglichkeit, dass APPAs den Markteintritt von potenziell konkurrierenden Plattformen behindern. So kann als Strategie für einen Markteintritt denkbar sein, dass das in den Markt eintretende Unternehmen gegenüber den Verkäufern tiefere Kommissionen verlangt, was es den Verkäufern wiederum grundsätzlich erlaubt, gegenüber den Endkunden entsprechend tiefere Preise auf der neuen Plattform anzubieten. Dies würde sich wiederum positiv auf die Anzahl Kunden der neu eintretenden Plattform auswirken. Bei Vorhandensein einer APPA wird eine derartige Strategie effektiv verunmöglicht. Diese Thematik wird im vorliegenden Verfahren insbesondere im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs behandelt.⁹⁴

C.4.2.2.3. Ermöglichung von Kollusion zwischen Plattformen

135. Auch bezüglich eines möglichen kollusiven Verhaltens zwischen Plattformen könnten APPAs stabilisierend wirken, indem ein Abweichen von höheren Kommissionen zu keinem Gewinn von zusätzlichen Kunden führen kann, sondern vielmehr zu einer Senkung der Preise auch auf den konkurrierenden Plattformen führen würde. Diese Thematik wird im vorliegenden Verfahren bei der Überprüfung einer möglichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung behandelt.⁹⁵

C.4.2.2.4. Schutz von Investitionen durch Plattformbetreiber

136. Schliesslich ist es allerdings grundsätzlich auch denkbar, dass eine Plattform, welche in eine hohe Qualität der Dienstleistungen investiert und entsprechend hohe Kosten hat, mit einer APPAs ein mögliches Trittbrettfahren von Plattformen mit einer tiefen Qualität und tiefen Kosten verhindern kann. Dies könnte die wettbewerbsbehindernden Eigenschaften von APPA in einem gewissen Ausmass kompensieren, insbesondere wenn die Endkunden auch einen entsprechenden Nutzen aus den Dienstleistungen der Plattformbetreiber ziehen. Dies ist vorliegend bei der Überprüfung von möglichen Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.⁹⁶

⁹³ Vgl. Rz 294 ff.

⁹⁴ Vgl. Rz 333 ff.

⁹⁵ Vgl. Rz 424 ff.

⁹⁶ Vgl. Rz 365 ff.

C.4.2.3. Beurteilung von Across-Platforms Parity Agreements – bisherige Verfahren

137. Bislang haben sich weltweit verschiedene Wettbewerbsbehörden mit Across-Platforms Parity Agreements im Bereich von Online-Buchungsplattformen beschäftigt. Die entsprechende Praxis wird nachfolgend übersichtsartig erläutert.

C.4.2.3.1. Bundeskartellamt

138. Das Bundeskartellamt hat in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013⁹⁷ festgestellt, dass die in den AGB von HRS enthaltene Bestpreisklausel⁹⁸ kartellrechtswidrig ist und hat HRS entsprechend untersagt, diese Klausel gegenüber Hotels in Deutschland weiterhin anzuwenden. Das Bundeskartellamt qualifiziert die Bestpreisklauseln von HRS dabei als vertikale Wettbewerbsabrede. HRS hat gegen den Beschluss des Bundeskartellamts Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf erhoben. Diese wurde am 9. Januar 2015 vollumfänglich abgewiesen.⁹⁹ Nach Abschluss des Verfahrens gegen HRS hat das Bundeskartellamt auch ein entsprechendes Verfahren gegen Booking.com und Expedia eröffnet.¹⁰⁰ Eine Abmahnung von Booking.com wegen seiner Paritätsklauseln erfolgte am 2. April 2015.¹⁰¹

C.4.2.3.2. Office of Fair Trading (OFT)

139. Das Verfahren des OFT gegen Booking.com, Expedia, InterContinental Hotels Group plc und Hotel InterContinental London Limited wurde am 31. Januar 2014 mit einem Vergleich abgeschlossen, nachdem das OFT die Verpflichtungszusagen der Parteien akzeptiert hatte. Es wurde keine materielle Entscheidung über einen allfälligen Verstoss gegen britisches oder EU-Wettbewerbsrecht getroffen.

140. Das Verfahren des OFT fokussierte sich hauptsächlich auf die Möglichkeiten von Online-Buchungsplattformen und Hotels, ihren Endkunden Rabatte zu gewähren. Im abgeschlossenen Vergleich wurde hierzu vereinbart, dass es den Online-Buchungsplattformen wie auch deren Partner-Hotels möglich sein soll, Mitgliedern von sogenannten „Closed User Groups“¹⁰² Rabatte zu gewähren, deren Höhe gegenüber der Öffentlichkeit nicht offen gelegt werden dürfen. Derart gewährte Preise unterliegen gemäss dem Vergleich auch nicht dem Geltungsbereich von Preisparitätsklauseln.

141. Skyscanner Limited, Betreiberin einer Meta-Suchmaschine, hat gegen den Vergleich ein Berufungsverfahren angestrengt, unter anderem mit der Begründung, die Gewährung von

⁹⁷ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, *HRS*.

⁹⁸ Der vom Bundeskartellamt verwendete Begriff der Bestpreisklausel umfasst sämtliche vorliegend betrachteten Arten von Paritätsklauseln.

⁹⁹ Die schriftliche Begründung ist abrufbar unter: <http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duessel-dorf/j2015/VI_Kart_1_14_V_Beschluss_20150109.html> (6.2.2015).

¹⁰⁰ Vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 20.12.2013: „Bestpreisklausel des Hotelportals HRS verstößt gegen das Kartellrecht – Verfahren gegen weitere Hotelportale eingeleitet“ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/20_12_2013_HRS.html;jsessionid=28B8D3CB83680F5715434CD2732FBB67.1_cid362?nn=3591568> (20.1.2015).

¹⁰¹ Vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 2.4.2015: „Bundeskartellamt mahnt auch Bestpreisklauseln von Booking.com ab“ <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/02_04_2015_Booking.com.html> (28.9.2015).

¹⁰² Um Mitglied einer „Closed User Group“ zu werden, muss ein Endkunde zuvor einen Aufenthalt zum vollen Preis bei einer Online-Buchungsplattform gebucht haben.

nicht-öffentlichen Rabatten würde ihr Geschäftsmodell untergraben. Das OFT habe beim Abschluss des Vergleichs zu wenig berücksichtigt, welche Folgen dieser für andere, nicht am Vergleich beteiligte Unternehmen habe. Aufgrund dieser Einsprache hat das Competition Appeal Tribunal in seiner Entscheidung vom 26. September 2014 den Vergleich des OFT kassiert.¹⁰³ Im September 2015 hat schliesslich die Competition and Markets Authority (CMA), Nachfolgebehörde des OFT, die Einstellung des Verfahrens gegen Booking.com, Expedia und IHG bekanntgegeben. Die Einstellung wird allerdings ausschliesslich damit begründet, dass gegenwärtig andere administrative Prioritäten gesetzt werden, weshalb auch explizit darauf hingewiesen wurde, dass aus der Einstellung des Verfahrens keinerlei Schlüsse hinsichtlich der Zulässigkeit von Paritätsklauseln gemacht werden können.¹⁰⁴

C.4.2.3.3. Andere Verfahren

142. Europaweit führen gegenwärtig verschiedene weitere Wettbewerbsbehörden Untersuchungen in Sachen Online-Buchungsplattformen durch, so in Österreich, der Tschechischen Republik und Ungarn. Ebenso sind Verfahren ausserhalb von Europa hängig: So befassen sich die Wettbewerbsbehörden in Australien mit verschiedenen Praktiken seitens Online-Buchungsplattformen. Ebenso wurden in den Vereinigten Staaten von Amerika verschiedene gerichtliche Verfahren gegen Online-Buchungsplattformen angestrengt.

143. Die Wettbewerbsbehörden von Italien, Frankreich und Schweden haben am 15. April 2015 einem Vergleichsvorschlag von Booking.com, welcher die Einführung enger Paritätsklauseln beinhaltete, zugestimmt und diesen als verbindlich erklärt.¹⁰⁵ Expedia sowie HRS waren hingegen nicht in den entsprechenden Vergleichsverhandlungen involviert. Im Nachgang zu diesen Verfahren hat Booking.com auf frühestens den 1. Juli 2015 entsprechend angepasste enge Paritätsklauseln gegenüber Partner-Hotels im EWR sowie der Schweiz eingeführt. Expedia hat entsprechende unilaterale Anpassungen europaweit auf frühestens den 1. August 2015 vorgenommen.¹⁰⁶ Vor dem Hintergrund dieser Anpassungen haben insbesondere die Wettbewerbsbehörden in Griechenland ihr Verfahren gegen Booking.com und Expedia eingestellt.¹⁰⁷

144. Hingegen wurden Preisparitätsklauseln in bestimmten Verträgen von Expedia in Frankreich auf zivilrechtlichem Wege als unzulässig erklärt. Ebenfalls hat in Frankreich das Parlament am 17. Juni 2015 einer Gesetzesrevision zugestimmt, welche (unter Anderem) ein vollständiges Verbot von gegenüber Hotels verlangten Preisparitätsklauseln vorsieht. Die entsprechende Gesetzesbestimmung ist im August 2015 in Kraft getreten.¹⁰⁸ Dabei werden insbesondere Klauseln für ungültig erklärt, welche es Hotels verbieten, auf dem direkten Vertriebskanal tiefere Preise anzubieten als auf einer Online-Buchungsplattform. Schliesslich hat

¹⁰³ Vgl. Urteil des Competition Appeal Tribunal 1226/2/12/14 vom 26.9.2014, *Skyscanner Limited v Competition and Markets Authority*.

¹⁰⁴ Vgl. die Informationen zum Fall CE/9320-10 der Competition and Markets Authority <<https://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>> (16.10.2015).

¹⁰⁵ [...].

¹⁰⁶ Vgl. Rz 57ff.

¹⁰⁷ Vgl. Pressemitteilung zur Verfahrenseinstellung der Hellenic Competition Commission http://www.epant.gr/news_details.php?Lang=en&id=89&nid=794 > (25.9.2015).

¹⁰⁸ Art. 133, Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi Macron).

in Italien am 7. Oktober eine Kammer des Parlaments (Camera dei Deputati) einem gesetzlichen Verbot von Paritätsklauseln gegenüber Unterkünptsbetrieben zugestimmt,¹⁰⁹ eine Abstimmung in der zweiten Kammer des Parlaments ist derzeit noch ausstehend.

145. In ihren Stellungnahmen zum Antrag¹¹⁰ bringen die Parteien vor, dass einerseits das vollständige Verbot von Paritätsklauseln durch das Bundeskartellamt nicht auf die vorliegende Untersuchung übertragen werden könne. Andererseits seien die Schlussfolgerungen derjenigen Wettbewerbsbehörden, welche dem Vergleichsvorschlag von Booking.com zugestimmt haben, auch auf die vorliegende Untersuchung anzuwenden.

146. Hierzu ist festzuhalten, dass der Entscheid des Bundeskartellamts eine abschliessende Analyse des rechtlich relevanten Sachverhaltes (inklusive insbesondere erfolgter Marktabgrenzung, rechtlicher Einordnung des Sachverhalts sowie einer eingehenden Auseinandersetzung mit möglichen Rechtfertigungsgründen) gerichtlich bestätigt wurde. Hingegen enthalten die Entscheidungen betreffend einvernehmliche Regelungen naturgemäss nur in einem beschränkten Ausmass definitive Schlussfolgerungen hinsichtlich des Sachverhaltes sowie dessen ökonomischer und rechtlicher Beurteilung. Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass allein schon aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und der institutionellen Unabhängigkeit der WEKO von ausländischen Wettbewerbsbehörden eine eigene und unabhängige Beurteilung durch die WEKO geboten ist.

C.4.3. Wettbewerbsabrede

147. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek).

148. Eine Wettbewerbsabrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

C.4.3.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

149. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist zwar nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,¹¹¹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden¹¹². Jedoch ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens am

¹⁰⁹ Vgl. Informationen der Camera dei Deputati zur entsprechenden Gesetzesrevision <http://www.camera.it/leg17/522?tema=la_legge_annuale_sulla_concorenza__a_c__3012_e_abb__> (16.10.2015).

¹¹⁰ Vgl. Rz 87 ff.

¹¹¹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹¹² Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

einfachsten zu beweisen, wenn die Wettbewerbsabrede in Form einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung vorliegt.¹¹³

150. Die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln betreffend Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität sind Bestandteile der von den Verfahrensparteien mit ihren Partner-Hotels jeweils abgeschlossenen Anschlussverträge respektive den dazugehörigen AGB der Online-Buchungsplattformen.¹¹⁴ Diese Vertragsbestandteile sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den Online-Buchungsplattformen und ihren Partner-Hotels im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

151. Diese Beurteilung ist aufgrund der Tatsache, dass der Abschluss und die Durchsetzung der fraglichen Vertragsklauseln vorliegend auch unter dem Aspekt eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung betrachtet wird, nicht per se in Frage zu stellen. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken wäre nur dann ausgeschlossen, wenn der Vertragsschluss ausschliesslich auf Druck oder Zwang eines Wettbewerbers hin zustande gekommen wäre.¹¹⁵ Es handelt sich dabei jedoch um eine Ausnahmesituation. In der Regel sind auch schwächere Marktteilnehmer verpflichtet, selbst unter einem gewissen Druck die Regeln der Rechtsordnung einzuhalten. Wie jedoch im Rahmen der Prüfung von Art. 7 KG aufgezeigt werden wird, ist *in casu* der Druck durch die Online-Buchungsplattformen nicht genügend stark, um eine solche Ausnahmesituation anzunehmen.¹¹⁶ Das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen ist daher zu bejahen.

C.4.3.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

152. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.¹¹⁷

153. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.¹¹⁸ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹¹⁹

154. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. ¹²⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine

¹¹³ Vgl. BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

¹¹⁴ Vgl. oben, Rz 18 ff. bezüglich der Zusammenarbeit zwischen Online-Buchungsplattformen und Hotels.

¹¹⁵ Vgl. dazu: Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.24, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

¹¹⁶ Vgl. Rz 450 ff.

¹¹⁷ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

¹¹⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

¹¹⁹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹²⁰ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.¹²¹

155. Die Preisparitätsklauseln der Online-Buchungsplattformen verbieten nach ihrem klaren Wortlaut¹²² den angeschlossenen Partner-Hotels, ihre Zimmer auf anderen Vertriebskanälen günstiger anzubieten als auf der betreffenden Online-Buchungsplattform. Damit zeigt sich bereits aufgrund des Wortlauts, dass diese Klauseln objektiv geeignet sind, die Preissetzungsfreiheit der Hotels einzuschränken – zwar nicht hinsichtlich der absoluten, jedoch immerhin hinsichtlich der relativen Preise. Damit liegt der Schluss nahe, dass zumindest mit den Preisparitätsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wurde.

156. Welche Bedeutung letztendlich den durch die untersuchten Vertragsklauseln¹²³ insgesamt betroffenen Wettbewerbsparametern beigemessen wird und inwiefern eine Wettbewerbsbeschränkung auch kausal bewirkt wurde, ist grundsätzlich nicht Gegenstand der Beurteilung einer Abrede im Licht von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der materiellen Prüfung nach Art. 5 KG unter Rz 175 ff. Dort wird aufgezeigt werden, dass Preisparitätsklauseln insbesondere die Möglichkeit von Hotels einschränken, den Endkunden Preissignale bezüglich Höhe der Kommissionen, d.h. der Kosten des Vertriebs über eine Online-Buchungsplattform, zu vermitteln. Ebenso wird aufgezeigt, inwiefern die Hotels aufgrund der Verfügbarkeitsparitäten in ihren Möglichkeiten beschränkt werden, mittels situativer Einschränkung der Verfügbarkeit auf die Höhe dieser Kosten zu reagieren. Dies hat letztlich eine (erhebliche) Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Online-Buchungsplattformen zur Folge.¹²⁴

157. Damit kann die Frage, ob die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, bejaht werden.

C.4.3.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

158. Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten solche, die von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffen werden und Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek).

159. Die vorliegenden Abreden werden zwischen den Hotels, welche die von den Endkunden nachgefragte Dienstleistung der Hotelübernachtung zur Verfügung stellen, und Online-Buchungsplattformen, welche diese Dienstleistung von Hotels an Endkunden vermitteln, abgeschlossen. Damit handelt es sich hier nicht um eine klassische Vertriebskette, bei der ein Händler ein Produkt oder eine Dienstleistung bei einem Lieferanten bezieht und anschliessend weiterverkauft. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind jedoch dennoch auf unterschiedlichen Marktstufen tätig, indem ein Hotel im Wesentlichen die Übernachtungsdienstleistung anbietet und die Online-Buchungsplattform eine diesbezügliche Transaktion zwischen Hotels und Endkunden vermittelt. Es handelt sich demnach vorliegend um vertikale Wettbewerbsabreden.

¹²¹ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 111), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

¹²² Vgl. Rz 34 ff.

¹²³ Vgl. Rz 31 ff.

¹²⁴ Vgl. Rz 291 ff.

160. Ihre Wirkung entfalten die untersuchten Vertragsklauseln jedoch hauptsächlich auf horizontaler Ebene, nämlich gegenüber anderen Online-Buchungsplattformen sowie bezüglich anderer Vertriebskanäle.¹²⁵ Auf Stufe der Hotels lässt sich ein solcher horizontaler Effekt jedoch nicht feststellen.¹²⁶

C.4.3.4. Zwischenergebnis

161. Indem die Online-Buchungsplattformen in ihren Anschlussverträgen mit den Hotels Preisparitäts-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitätsklauseln vereinbaren, wirken sie im Sinne einer Wettbewerbsabrede bewusst und gewollt mit den Hotels zusammen. Während weite Preisparitätsklauseln an sich bereits die Preissetzungsfreiheit der Hotels beschränken, indem eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen praktisch verunmöglicht wird und damit eine Wettbewerbsbeschränkung wahrscheinlich bezweckt wird, hat, wie nachfolgend aufgezeigt wird, das Gesamtpaket der Klauseln eine (erhebliche) Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe der Online-Buchungsplattformen auch tatsächlich bewirkt. Trotz ihrer hauptsächlich Wirkung auf der horizontalen Ebene zwischen den Online-Buchungsplattformen handelt es sich vorliegend um Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, nämlich zwischen Hotels und Plattformen. Damit sind die vorliegenden Vertragsklauseln als vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.4.4. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

162. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

163. Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der Europäischen Kommission zu fahren.¹²⁷ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden soll.¹²⁸ Dementsprechend lehnt sich die Vertikalbekanntmachung der WEKO¹²⁹ an die Vertikal-GVO der Europäischen Kommission¹³⁰ und die entsprechenden Vertikalleitlinien¹³¹ an und hat die WEKO die europäischen Regeln als analog anwendbar erklärt (Erw.-Gr. VI. f. VertBek).

¹²⁵ Vgl. Rz 291 ff.

¹²⁶ Vgl. Rz 268 ff.

¹²⁷ RPW 2009/2 151 Rz 70 *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf DEISS, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1434 ff.

¹²⁸ RPW 2009/2 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf BÜHRER, AB 2002 N 1293.

¹²⁹ Siehe oben Fn 41.

¹³⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23. April 2010 S. 1 (Vertikal-GVO).

¹³¹ Vertikal-GVO, Rz 39.

164. Im Zusammenhang mit den untersuchten Vertragsklauseln ist einzig die Prüfung des Vorliegens einer Abrede über Mindest- oder Festpreise angezeigt, da die Paritäten keine Zuweisung von Gebieten bezwecken oder bewirken. Ist das Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung über Mindest- oder Festpreise zu bejahen (Vermutungsbasis), so wird gemäss Art. 5 Abs. 4 KG die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs und damit deren Unzulässigkeit vermutet (Vermutungsfolge).¹³² Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob vorliegend eine Abrede über Mindest- oder Festpreise festgestellt werden kann und die Abrede damit vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Es betreffen nicht alle der vorliegend untersuchten Vertragselemente den Wettbewerbsparameter Preis, weshalb sich die Frage einer Abrede über Mindest- oder Festpreise einzig hinsichtlich der Preisparitätsklauseln der Parteien stellt. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Preisparitätsklauseln lediglich relative Preise zwischen den verschiedenen Vertriebskanälen zum Gegenstand haben und keine Vereinbarungen bezüglich absoluter Preise oder absoluter Preisbestandteile beinhalten. So kann ein Hotel im Extremfall Preisparitätsklauseln auch einhalten, wenn es eine Übernachtungsdienstleistung kostenlos anbietet.¹³³

165. Das von den Online-Buchungsplattformen praktizierte Agenturmodell, in welchem die Höhe der Preise von den Hotels selbst festgelegt wird, ist dabei nicht per se als problematisch zu betrachten. Bei zweiseitigen Märkten kommt dieses Preissetzungsmodell vielfach zur Anwendung, so beispielsweise bei Auktionsplattformen (bei welchen die Preise von Verkäufern sowie Käufern festgelegt werden) oder bei Kreditkarten (bei welchen der Verkäufer den zu belastenden Betrag vorgibt).

C.4.4.1. Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand?

166. Klassischerweise wird unter einer Abrede über Mindest- oder Festpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG eine Preisbindung zweiter Hand (resale price maintenance, RPM) verstanden. Dabei verpflichtet sich ein Abnehmer und Wiederverkäufer gegenüber dem Lieferanten, von den eigenen Abnehmern einen vereinbarten absoluten Wiederverkaufspreis zu verlangen. Das Vorliegen einer Preisbindung zweiter Hand ist damit bei einer Abrede zu bejahen, die einen Wiederverkaufspreis betrifft und mit welcher ein Mindest- oder Festpreis festgesetzt wird, sei dies direkt oder indirekt.¹³⁴

167. Vorliegend weicht die Konstellation jedoch in verschiedener Hinsicht von einer Preisbindung zweiter Hand ab. So liegt zunächst keine klassische Vertriebskette¹³⁵ vor, welche üblicherweise das Umfeld einer Preisbindung zweiter Hand bilden würde. Die Online-Buchungsplattformen agieren – insbesondere aufgrund der Verwendung des Agentur-Systems – nicht als Wiederverkäufer einer Dienstleistung („Hotelübernachtung“). Ihre Rolle ist primär als die eines Vermittlers zu betrachten, der den Kontakt zwischen dem Anbieter der Dienstleistung (Hotel) und dessen Kunden herstellt.¹³⁶ Selbst wenn der Verständlichkeit halber die Hotels mit einem Lieferanten einer Dienstleistung (der Hotelübernachtung) und die Online-Buchungsplattformen mit einem Wiederverkäufer innerhalb einer klassischen Vertriebskette gleichgesetzt werden, wird der Unterschied der weiten Preisparitätsklausel zu einer Preisbindung zweiter Hand deutlich ersichtlich. So betreffen die Preisparitätsklauseln nicht die Einhaltung von

¹³² Vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 475.

¹³³ Inwiefern Preisparitätsklauseln die Preissetzungsmöglichkeiten von Hotels einschränken, wird in Rz 273 ff. ausführlich erläutert.

¹³⁴ Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 494 ff.

¹³⁵ Vgl. hierzu oben, Rz 158.

¹³⁶ Vgl. hierzu nähere Ausführungen unten hinsichtlich der Marktabgrenzung, Rz 176 ff.

absoluten Wiederverkaufspreisen, sondern beinhalten einzig die Verpflichtung des Lieferanten, die betreffende Dienstleistung auf anderen Kanälen nicht zu einem günstigeren Preis anzubieten. Es liegt damit keine Downstream-Verpflichtung des Händlers, sondern eine Upstream-Verpflichtung des Lieferanten vor.

168. Im Ergebnis können damit die weiten Preisparitätsklauseln nicht per se unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert werden, da es sich nicht um eine Preisbindung zweiter Hand handelt. Es stellt sich damit die Frage, ob der Vermutungstatbestand auch auf eine andere Art preisrelevanter Abreden angewendet werden kann.

C.4.4.2. Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG auf die Preisparitätsklauseln der Parteien?

169. In der Literatur werden Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG im Allgemeinen als Bindung des Händlers durch eine Bestimmung des Lieferanten hinsichtlich der Wiederverkaufspreise beschrieben. BORER beispielsweise hält fest, „dass der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nur bei Preis- und Gebietsschutzabreden zu Lasten der Händler“ greife.¹³⁷ Die gleiche Einschränkung findet sich bei AMSTUTZ/REINERT, welche zudem die Anwendung auf Meistbegünstigungsklauseln explizit ausschliessen.¹³⁸ Allgemein zur Wirkungsrichtung von Art. 5 Abs. 4 KG wird im Commentaire Romand festgehalten: „L’art. 5 IV LCart concerne uniquement les restrictions de la liberté d’action du distributeur. Les limitations de la liberté du producteur ne sont pas concernées par l’art. 5 IV LCart.“¹³⁹ Als Beispiel der von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfassten Klauseln wird die Meistbegünstigungsklausel genannt.¹⁴⁰ Die in der Schweiz herrschende Lehre scheint – soweit ersichtlich – mit dem europäischen Verständnis übereinzustimmen.¹⁴¹

170. Die Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG ist jedoch nicht auf die klassischen Fälle von Preisbindungen zweiter Hand eingeschränkt. In der Literatur wird beispielsweise der Fall einer Höchstpreisvereinbarung genannt, die als Abrede von Festpreisen betrachtet und damit vom Vermutungstatbestand erfasst werden kann, wenn sie sich wie eine Festpreisvereinbarung auswirkt.¹⁴² Ebenfalls anwendbar ist der Vermutungstatbestand auf indirekte Vereinbarungen von Mindest- oder Festpreisen, wobei: „la fixation indirecte des prix ne concerne pas n’importe quels accords ayant quelconque influence sur le prix de revente (...) il est nécessaire que l’accord en question produise les mêmes effets que la fixation directe d’un prix minimum ou fixe.“¹⁴³

171. Grundsätzlich wäre es damit denkbar, die vorliegend untersuchten weiten Preisparitätsklauseln als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren, sofern ihre Wirkung mit jener einer Mindest- oder Festpreisvereinbarung gleichzusetzen wäre. Es ist demnach im

¹³⁷ JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Auflage 2011, Art. 5 KG N 32.

¹³⁸ Vgl. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden, eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 86, 97 (dort zudem unter explizitem Verweis auf den weiter gefassten Wortlaut der Bestimmung).

¹³⁹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 5 KG N 557.

¹⁴⁰ Vgl. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 139), Art. 5 KG N 559.

¹⁴¹ Vgl. nur REINHARD ELLGER, in: Wettbewerbsrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2012, Art. 4 Vertikal-GVO Rz 13; MINR MICHAEL BARON, in: Kartellrecht, Loewenheim/Messen/Riesenkampff (Hrsg.), 2009, Art. 4 Vertikal-GVO Rz 149 ff., 155.

¹⁴² Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 503 ff.

¹⁴³ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 139), Art. 5 KG N 568.

Einzelfall zu beurteilen, ob Preisparitätsklauseln vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden oder nicht.

172. Dabei ist vorliegend insbesondere der Hintergrund des Vermutungstatbestandes zu berücksichtigen. So führen Preisbindungen zweiter Hand in der Regel unmittelbar zu höheren Endkundenpreisen,¹⁴⁴ weshalb diese Abreden derart verpönt sind, dass sie mit einer Sanktion bedroht werden.¹⁴⁵ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung konnten jedoch keine Anhaltspunkte auf einen derartigen Effekt festgestellt werden.¹⁴⁶ Es liegt denn auch keine mit den E-Books¹⁴⁷ vergleichbare Situation vor, wo die grossen Buchverlage gemeinsam gegenüber Amazon eine APPA mit Agentur-Modell durchsetzen, um so die Endkundenpreise für E-Books zu erhöhen. Ein solch koordiniertes Vorgehen der Hotels erscheint alleine aufgrund der Vielzahl der Betriebe schlicht nicht denkbar. Auch scheint es wenig plausibel, dem Verband der Hotels, hotelleriesuisse, ein solches Vorgehen zu unterstellen, da gerade dieser Verband es war, der das vorliegende Verfahren angestrengt hat, da die von den Parteien verwendeten Preisparitätsklauseln gerade nicht im Interesse der Hotelbetriebe liegen.

173. Auch charakterisiert sich eine Mindest- oder Festpreisvereinbarung gerade dadurch, dass durch eine solche Abrede der Händler (welcher den Endkundenpreis festlegt) verpflichtet wird, (direkte oder indirekte) Vorgaben bezüglich der absoluten Höhe der Endkundenpreise einzuhalten. Bei Preisparitätsklauseln hingegen sind Hotels (welche aufgrund des Agenturmodells die Endkundenpreise festlegen) nicht eingeschränkt bezüglich der absoluten Höhe der verlangten Preise oder bezüglich der Möglichkeiten, diese zu senken. Hierzu ist auf Rz 273 ff. zu verweisen, wo dargelegt wird, welche Möglichkeiten ein Hotel hat, seine Preise zu variieren. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Hotels aufgrund der Preisparitätsklauseln der Parteien in ihrer Preissetzungsfreiheit hinsichtlich der absoluten Endkundenpreise nicht eingeschränkt werden. Auch ist der Intra-brand-Wettbewerb zwischen den Dienstleistungen eines bestimmten Hotels nicht derart beschränkt, dass davon ausgegangen werden könnte, dass sich Preisparitätsklauseln in vergleichbarer Weise wie Fest- oder Mindestpreisvereinbarungen auswirken. Insgesamt zeigt sich, dass die vorliegend festgestellten wettbewerbsschädlichen Wirkungen der untersuchten Vertragsklauseln auf Stufe der Online-Buchungsplattformen festgestellt werden können, nicht jedoch auf Stufe der Hotels.

C.4.4.3. Fazit: Keine Anwendung des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG

174. Gestützt auf die festgestellte Wirkung der untersuchten Vertragsklauseln ist vorliegend nicht von einer Abrede betreffend Mindest- oder Festpreise auszugehen. Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG greift demnach vorliegend nicht. Es ist daher nachfolgend aufzuzeigen, inwiefern der Wettbewerb auf dem relevanten Markt im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG eingeschränkt wird.

¹⁴⁴ Vgl. hierzu nur MOTTA (Fn 89), 307 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2036 f. Ziff. 2.1.3; vgl. auch Entscheidung der WEKO vom 20.8.2012 in Sachen *Altimum*, Rz 32 ff., abrufbar unter <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (3.12.2014).

¹⁴⁶ Vgl. Rz 268 ff.

¹⁴⁷ Vgl. <<http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>> (16.3.2015); KOMM, ABl. 2013 C 378/14, *E-Books*; siehe auch ANNA WOLF-POSCH, Bestpreisklauseln in Internetplattformmärkten im Visier der Wettbewerbsbehörden in: Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht, S 138 f.

C.4.5. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

175. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt¹⁴⁹ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter¹⁵⁰ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).¹⁵¹ Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

C.4.5.1. Der relevante Markt

176. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵²

177. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt damit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.¹⁵³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵⁴ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.¹⁵⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.¹⁵⁶

C.4.5.1.1. Marktgegenseite

178. Ausgehend vom Verfahrensgegenstand ist die Marktgegenseite zu bestimmen, aus deren Sicht der relevante Markt abzugrenzen ist. Verfahrensgegenstand ist vorliegend die Frage

¹⁴⁸ RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba* bezüglich vertikaler Abreden.

¹⁴⁹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

¹⁵⁰ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

¹⁵¹ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 132), Art. 5 KG N 230.

¹⁵² BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

¹⁵⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁵⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

nach der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitätsklauseln, welche von den Parteien in ihren Anschlussverträgen für Hotels verwendet werden. Die Dienstleistungen, welche von den Hotels nachgefragt und zu deren Zweck die Anschlussverträge abgeschlossen werden, können als Vermittlung von Hoteldienstleistungen zusammengefasst werden.

179. Online-Buchungsplattformen vermitteln eine Transaktion zwischen Hotels und Endkunden. Die nachfolgende Marktabgrenzung erfolgt jedoch aus der Sicht der Hotels, da diese durch die untersuchten Vertragsklauseln direkt betroffen sind. Die Sicht der Endkunden ist jedoch indirekt relevant, da die Hotels die Nachfrage der Endkunden bei der Wahl ihrer Vertriebswege mitberücksichtigen müssen. Eine Unterscheidung zwischen den beiden Nachfragergruppen ist notwendig, da die unterschiedlichen Vertriebskanäle aus Sicht der Hotels häufig komplementär sind, wohingegen aus Sicht der Endkunden diese auch austauschbar sein können. Dieses Vorgehen hat auch das Bundeskartellamt in seinem Beschluss in Sachen HRS gewählt.¹⁵⁷

180. Die WEKO setzt sich vorliegend zum ersten Mal mit Online-Buchungsplattformen auseinander und hat auch keine Praxis in vergleichbaren zweiseitigen Transaktions-Märkten aus der Reisebranche, wie beispielsweise Globalen Distributionssystemen (GDS). Dahingegen besteht eine reichhaltige Praxis bezüglich Kreditkarten, deren Anbieter auch in einem zweiseitigen Transaktions-Markt tätig sind. In den entsprechenden Entscheiden wurde ebenfalls mit den Händlern auf jene Marktgegenseite abgestellt, welche mit den Plattformen (Kreditkartenunternehmen) Kreditkarten-Akzeptanzverträge abschliessen und die verlangten Gebühren bezahlen. Die Sichtweise der anderen Nachfragergruppe (Endkunden) wurde bei der Marktabgrenzung jedoch ebenfalls berücksichtigt.¹⁵⁸

C.4.5.1.2. Sachlich relevanter Markt

181. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU¹⁵⁹, analog).

182. Nachfolgend wird beschrieben, welche charakteristischen Eigenschaften Online-Buchungsplattformen haben. Anschliessend wird aufgezeigt, welche verschiedenen Vertriebskanäle den Hotels grundsätzlich zur Verfügung stehen. Anschliessend werden die einzelnen Kanäle jeweils ausführlich umschrieben und geprüft, ob diese als Substitut für Online-Buchungsplattformen angesehen werden können.

C.4.5.1.3. Eigenschaften von Online-Buchungsplattformen

183. Die Tätigkeit und Funktionsweise der Online-Buchungsplattformen im Allgemeinen wurde im Rahmen des Sachverhalts eingehend erläutert.¹⁶⁰ Die Parteien sind dabei in einem

¹⁵⁷ Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 71, *HRS*: Bezüglich der Berücksichtigung beider Nachfragergruppen verweist das Bundeskartellamt auf den Fall KOMM, Abl. 2007 L 314, Rz 41 ff., *Travelport/Worldspan*, worin die Europäische Kommission mit dem „GDS-Markt“ (für Flüge und andere Reisedienstleistungen) ebenfalls einen zweiseitigen Markt abgrenzt und dabei die jeweils relevanten Marktseiten berücksichtigt.

¹⁵⁸ Vgl. RPW 2003/1, 119, Rz 73f., *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

¹⁵⁹ Verordnung vom 17. 6. 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁶⁰ Vgl. oben, Rz 7 ff.

zweiseitigen Markt tätig, indem sie zwischen zwei Nachfragergruppen, namentlich den Hotels und den Endkunden, eine direkte Transaktion, nämlich den Erwerb einer Hoteldienstleistung, vermitteln. Die WEKO hat sich schon verschiedentlich mit Fragestellungen im Zusammenhang mit zweiseitigen Märkten auseinandergesetzt.¹⁶¹

184. Allgemein werden Märkte als zweiseitig definiert, wenn einerseits mehrere Nachfragergruppen zusammengebracht werden und andererseits zwischen diesen Nachfragergruppen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. Die zwischen den beiden Gruppen von Nachfragern bestehenden Externalitäten werden durch das Unternehmen, welches die Plattform anbietet, internalisiert.¹⁶² Somit liegt der Mehrwert einer solchen Plattform insbesondere darin, dass sie die Nachfrage einer grossen Anzahl von Kunden beider Nachfragergruppen koordiniert, was positive Netzwerk-Externalitäten zu Gunsten beider Nachfragergruppen generiert.

185. Eine weitere typische Eigenschaft von zweiseitigen Märkten ist die Möglichkeit des Plattformanbieters, nicht nur über die Gesamthöhe des Preises seiner Dienstleistungen (d.h. die Summe der Preise, welche die Nachfragergruppen insgesamt bezahlen) zu bestimmen, sondern auch über die Preisstruktur (d.h. die Plattform kann typischerweise bestimmen, welche der Nachfragergruppen wie viel bezahlt). So kann die Dienstleistung für eine Nachfragergruppe beispielsweise kostenlos sein, während eine andere Nachfragergruppe für die Dienstleistung bezahlen muss.¹⁶³

186. Auch wird die Wettbewerbsstruktur von zweiseitigen Märkten insbesondere dadurch bestimmt, ob die Nachfragergruppen mehrere Plattformen nebeneinander (sogenanntes „Multihoming“) oder nur eine Plattform nutzen können (sogenanntes „Singlehoming“).¹⁶⁴ Ebenso kann danach unterschieden werden, ob zwischen den Nachfragergruppen eine nachweisbare Transaktion stattfindet (wie bei der Zahlung mit einer Kreditkarte) oder nicht (beispielsweise bei Werbung in einer Gratiszeitung).¹⁶⁵

187. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche dieser Eigenschaften bei den vorliegend betrachteten Online-Buchungsplattformen vorliegen.

(i) Indirekte Netzwerkeffekte

188. Bei Online-Buchungsplattformen bestehen für beide Nachfragergruppen, Hotels sowie Endkunden, starke indirekte Netzwerkeffekte. So haben die Online-Buchungsplattformen eine Vermittlungsfunktion zwischen einer grossen Anzahl von Endkunden und einer grossen An-

¹⁶¹ Vgl. RPW 2007/2, 283 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2005/2, 312 ff., *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG*; RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten-Interchange Fee*; RPW 2011/1, 96 ff., *Six/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶² Siehe hierzu DAVID S. EVANS, in: *Yale Journal on Regulation*, 20(2), *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, 2003, 325-381; MARC RYSMAN, in: *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), *The Economics of Two-Sided Markets*, 2009, 125-43; JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: *Journal of the European Economic Association*, 1(4), *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 2003, 990-1029.

¹⁶³ Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 162). Unter Umständen kann eine indirekte Weitergabe des an die Plattform bezahlten Preises, ein sogenannter „pass-through“ an die andere (subventionierte) Nachfragergruppe stattfinden, beispielsweise über den Preis des über die Plattform vermittelten Produkts.

¹⁶⁴ Vgl. MARK ARMSTRONG, in: *The RAND Journal of Economics*, 37, *Competition in two-sided markets*, 2006, 668-691.

¹⁶⁵ LAPO FILISTRUCCHI/DAMIEN GERADIN/ERIC VAN DAMME/PAULINE AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets, Theory and Practice*, TILEC Discussion Paper No. 2013-009, 2013.

zahl von Hotels. Aus Sicht des Endkunden ist eine spezifische Online-Buchungsplattform insbesondere dann attraktiv, wenn diese (bei der gewünschten Destination) eine grosse Auswahl an verschiedenen Hotels anbieten kann. Umgekehrt ist es naheliegend, dass aus Sicht der Hotels eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver ist, je mehr Kunden diese benutzen.

(ii) Nachfragergruppen

189. Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte ist es für eine Plattform unerlässlich, zumindest bei einer der Nachfragergruppen über eine kritische Grösse zu verfügen. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass ein Händler nur eine Kreditkarte akzeptieren will, welche durch eine genügende Anzahl zahlender Endkunden verwendet wird. Umgekehrt ist für Endkunden nur eine Kreditkarte interessant, welche von genügend Händlern akzeptiert wird. Gleiches gilt im Fall der Online-Buchungsplattformen: Eine Plattform ist für Hotel-Partner nur dann attraktiv, wenn sie viele Endkunden anspricht, und umgekehrt steigt die Attraktivität einer Plattform aus Sicht der Endkunden, wenn sie über eine grosse Auswahl an Hotels verfügt. Für eine Plattform ist es entsprechend wichtig, beide Nachfragergruppen anzusprechen („getting both sides aboard“),¹⁶⁶ wobei für den Erfolg einer Plattform zuerst eine kritische Grösse erreicht werden muss.¹⁶⁷

190. So kann es sich für eine Plattform lohnen, spezifische Nutzer einer Nachfragergruppe, welche für die andere Nachfragergruppe besonders attraktiv sind (sogenannte „Marquee Buyers“¹⁶⁸) bevorzugt zu behandeln.¹⁶⁹ Vorliegend könnte dies beispielsweise bei (internationalen) Hotelketten der Fall sein.¹⁷⁰

(iii) Preisstruktur

191. Eine weitere Eigenschaft von zweiseitigen Märkten liegt darin, dass die Plattform nicht nur über den Preis ihrer Dienstleistung insgesamt bestimmt, sondern auch die Möglichkeit hat, den Preis gegenüber der einen Nachfragergruppe zu reduzieren und gleichzeitig im selben Ausmass gegenüber der anderen Nachfragergruppe zu erhöhen. Dies kann sich auf das Volumen der Transaktionen auswirken und somit einen wesentlichen Einfluss auf den Erfolg der Plattform gegenüber beiden Nachfragergruppen haben.¹⁷¹ Vielfach zeichnen sich die von der Plattform verbundenen Nachfragergruppen durch unterschiedliche Zahlungsbereitschaften für den Zugang zur Plattform aus, so dass es für eine Plattform sinnvoll sein kann, ausschliesslich eine Marktgegenseite für den Zugang bezahlen zu lassen.¹⁷² Es existieren in zweiseitigen Märkten denn auch eine Reihe von Beispielen, in welchen eine Plattform ein solches Vorgehen

¹⁶⁶ Siehe RYSMAN (Fn 162).

¹⁶⁷ Was auch als „Huhn-oder-Ei-Problem“ bezeichnet wird: Siehe GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, Two-Sided Network Effects, A Theory of Information Product Design, *Management Science*, 51(10), 2005, 1494–1504; ROCHET/TIROLE (Fn 162); sowie BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, in: *RAND Journal of Economics*, 34(2), Chicken & Egg, Competition Among Intermediation Service Providers, 2003, 309–328.

¹⁶⁸ Siehe ROCHET/TIROLE (Fn 162).

¹⁶⁹ THOMAS EISENMANN/GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, in: *Harvard Business Review*, 84(10), Strategies for two-sided markets, 2006, 92.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu Rz 346.

¹⁷¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in: *RAND Journal of Economics*, 35(3), Two-Sided Markets, A Progress Report, 2006, 645-667.

¹⁷² Siehe CAILLAUD/JULLIEN (Fn 167).

wählt, und wo letztlich eine Nachfragergruppe eine andere subventioniert: So wird beispielsweise die Software zum Lesen von PDF-Dateien kostenlos an Endnutzer abgegeben, während die Unternehmen, welche typischerweise solche Dateien erstellen, für die entsprechende Software bezahlen müssen. Ähnliches kann bei Kreditkarten beobachtet werden, wo Händler ausnahmslos für Transaktionen bezahlen müssen, während den Endkunden die Kreditkarten teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt werden.¹⁷³

192. Bei einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von zweiseitigen Märkten sind durch die Preisstruktur bedingte Wechselwirkungen zu berücksichtigen, zumal bei einer isolierten Betrachtung der Preissetzung gegenüber einer Nachfragergruppe fälschlicherweise auf eine Verhaltensweise wie beispielsweise „predatory pricing“ geschlossen werden könnte.¹⁷⁴

193. Vorliegend haben die Parteien eine Preisstruktur gewählt, bei welcher die Hotels die gesamten Kosten für die erbrachte Vermittlungs-Leistung tragen, während diese für die Endkunden kostenlos ist. Letztlich können die Hotels die entstehenden Kosten über die allgemeinen Zimmerpreise an die Endkunden abwälzen. Weite Preisparitätsklauseln verhindern dabei allerdings, dass Endkunden bei Buchungen über eine Online-Buchungsplattform mit höheren Kommissionen einen entsprechend höheren Preis zu bezahlen haben.¹⁷⁵

(iv) Transaktions- versus Nicht-Transaktions-Märkte

194. Im Allgemeinen kann bei zweiseitigen Märkten zwischen Transaktions-Märkten und Nicht-Transaktions-Märkten unterschieden werden. Zweiseitige Nicht-Transaktions-Märkte zeichnen sich dadurch aus, dass keine Transaktion zwischen den beiden Nachfragergruppen stattfindet und dass, selbst wenn eine Interaktion stattfindet, diese nicht beobachtbar ist, so dass keine Transaktions-Gebühr, Interaktions-Gebühr oder ein zweistufiger Tarif erhoben werden kann. Solche Nicht-Transaktions-Märkte bestehen vorwiegend im Medien-Bereich. So kann beispielsweise eine Zeitung typischerweise gegenüber Werbekunden keine Transaktions-Gebühr erheben, wenn ein Leser eine Werbe-Botschaft liest. Bei solchen Nicht-Transaktions-Märkten kann es sinnvoll sein, für jede Marktgegenseite separate sachlich relevante Märkte zu betrachten. So wurde in der bisherigen Praxis der WEKO im Bereich Printmedien von jeweils separaten Lesermärkten sowie Werbemärkten ausgegangen.¹⁷⁶

195. Bei zweiseitigen Transaktions-Märkten wie beispielsweise bei Debit- oder Kreditkarten, bestehen hingegen beobachtbare Transaktionen zwischen den beiden Nachfragergruppen. Somit kann eine Plattform nicht nur allenfalls eine Mitglieder-Gebühr erheben, sondern sie kann auch Gebühren für die effektive Nutzung der Plattform erheben, d.h. sie kann einen zweistufigen Tarif verlangen.¹⁷⁷

196. Vorliegend wird durch die Vermittlung durch Online-Buchungsplattformen eine messbare Transaktion zwischen Hotels und Endkunden ermöglicht.

¹⁷³ Diese sowie weitere Beispiele finden sich in EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE (Fn 169).

¹⁷⁴ Vgl. JULIAN WRIGHT, in: Review of Network Economics, 3(1), One-sided logic in two-sided markets, 2004, 44-64.

¹⁷⁵ Vgl. Rz 294ff.

¹⁷⁶ Vgl. beispielsweise RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

¹⁷⁷ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT (Fn 165).

(v) *Singlehoming versus Multihoming*

197. Falls mehrere Plattformen im selben Markt tätig sind, können sich Angehörige der durch diese Plattformen verbundenen Nachfragergruppen entscheiden, ob sie nur eine einzige dieser Plattformen („Singlehoming“) oder mehrere Plattformen („Multihoming“) verwenden. Die Möglichkeit des Multihomings hat wiederum Rückwirkungen auf die Wettbewerbsstruktur, beispielsweise bezüglich der Preisstruktur, in zweiseitigen Märkten.¹⁷⁸

198. Vorliegend ist Multihoming sowohl seitens Hotels, als auch seitens Endkunden grundsätzlich möglich. So beinhalten die Partnerverträge der Parteien keinerlei Exklusivitätsklauseln und auch den Endkunden ist es durchaus möglich, verschiedene Plattformen zu nutzen.

199. Allerdings existiert eine Reihe von Einschränkungen, welche ein umfassendes Multihoming limitieren. Aus Sicht von Hotels ist die Bewirtschaftung von mehreren Online-Buchungsplattformen mit einem steigenden administrativen Aufwand verbunden. Während die Bewirtschaftung von nur einer Online-Buchungsplattform über das Extranet machbar ist, kann die Bewirtschaftung von mehreren indirekten Kanälen den Kauf von spezialisierten Software-Lösungen wie Channel Managern oder zentralen Reservationssystemen (CRS) notwendig machen. Gerade der Anschluss an eine Online-Buchungsplattform mit einem geringen Buchungsvolumen könnte sich unter diesen Umständen nicht lohnen.

200. Seitens der Endkunden ist festzuhalten, dass der Erwerb einer Hoteldienstleistung (im Gegensatz zu beispielsweise Kreditkartentransaktionen) eine relativ seltene Transaktion ist, womit diese möglicherweise eher zur Verwendung der immer gleichen Plattform tendieren. Auch können Online-Buchungsplattformen Singlehoming in einem gewissen Ausmass fördern, beispielsweise durch Kundenbindungsprogramme.

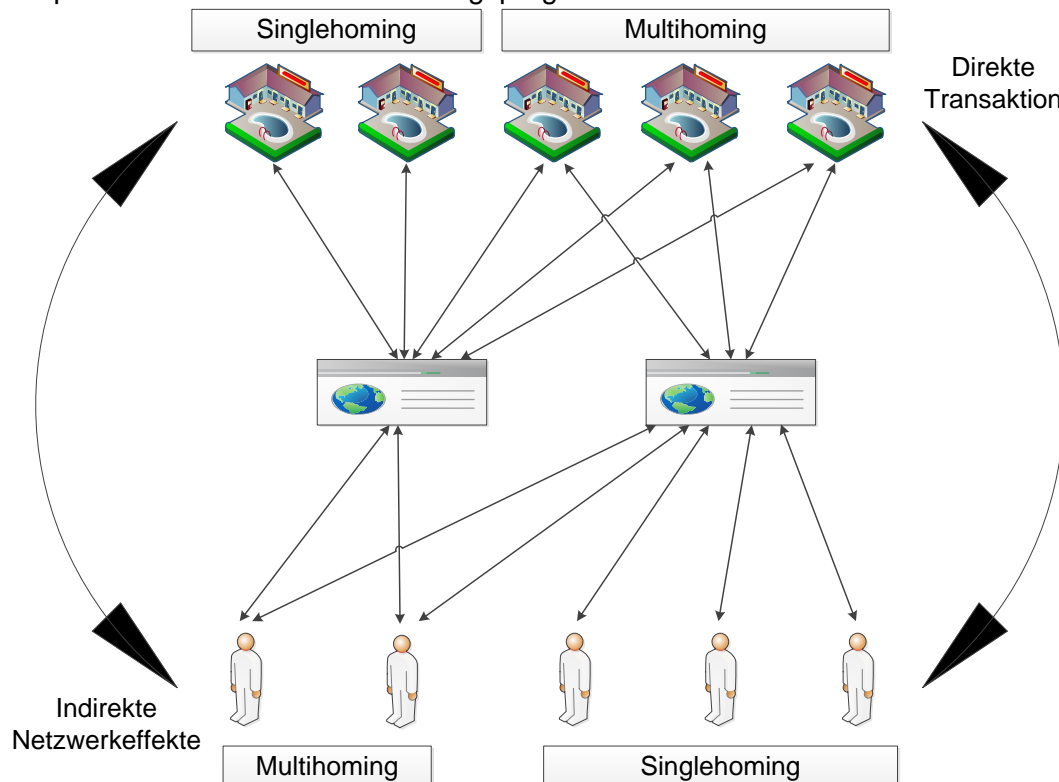


Abbildung 3: Online-Buchungsplattformen als zweiseitiger Markt

¹⁷⁸ EVANS (Fn 162).

(vi) Zusammenfassung

201. Zusammengefasst weist die Tätigkeit von Online-Buchungsplattformen folgende spezifische Charakteristika auf:

- **Nachfragergruppen:** Online-Buchungsplattformen vermitteln zwischen zwei Nachfragergruppen, nämlich Endkunden und Hotels.
- **Indirekte Netzwerkeffekte:** Es bestehen starke indirekte Netzwerkeffekte. So ist eine Online-Buchungsplattform umso attraktiver, je mehr Hotels auf dieser vertreten sind. Umgekehrt wollen Hotels mit einer Plattform eine möglichst hohe Anzahl potenzieller Endkunden ansprechen.
- **Preisstruktur:** Den Endkunden entstehen keine (direkten) Kosten für die Nutzung der Online-Buchungsplattformen. Sämtliche direkten Kosten werden im Falle einer erfolgreichen Vermittlung von den Hotels getragen.
- **Transaktion:** Als Resultat der Vermittlung durch die Online-Buchungsplattformen kommt eine direkte Transaktion zwischen den Nachfragergruppen zustande, nämlich der Verkauf einer Hoteldienstleistung durch Hotels an Endkunden.
- **Multihoming:** Multihoming ist für beide Nachfragergruppen grundsätzlich möglich.

202. Damit handelt es sich vorliegend um einen zweiseitigen Markt. Dieses Ergebnis wird auch durch diesbezügliche Aussagen von HRS gestützt. Und auch das Bundeskartellamt geht von dieser Einschätzung aus.¹⁷⁹

C.4.5.1.4. Alternativen zu Online-Buchungsplattformen

203. Neben Online-Buchungsplattformen existiert eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, über welche Hotels ihre Dienstleistungen an Endkunden verkaufen können. Zunächst können diese danach unterschieden werden, ob die Buchung im direkten Kontakt zwischen Endkunde und Hotel erfolgt (direkter Vertrieb), oder ob bei der Buchung ein Intermediär beteiligt ist (indirekter Vertrieb).

204. Tabelle 1 enthält eine Übersicht über die von Hotels verwendeten Vertriebskanäle. Weiter wird ersichtlich, in welchem Umfang über die verschiedenen Vertriebskanäle Hotelübernachtungen in der Schweiz gebucht werden. Insgesamt werden rund zwei Drittel der Übernachtungen direkt bei Hotels gebucht, was grossmehrheitlich über traditionelle Kommunikationsmittel (Telefon, Fax und Brief) sowie durch Walk-In-Kunden geschieht. Einen ähnlichen Anteil an direkt gebuchten Übernachtungen generieren Buchungen via E-Mail sowie mittels Kontaktformular auf der hoteleigenen Homepage, bei welchen die Endkunden keine sofortige Buchungsbestätigung erhalten. Vergleichsweise gering ist der Anteil der Übernachtungen, welche in Echtzeit (d.h. mit Prüfung der Verfügbarkeit und sofortiger Bestätigung) auf der eigenen Webseite von Hotels gebucht werden können.

¹⁷⁹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 81, *HRS*. Typische andere Beispiele für zweiseitige Märkte finden sich in den Bereichen Zahlungsverkehr (z.B. Kredit- und Debit-Karten), Medien (z.B. Zeitungen, Zeitschriften, TV) und Computer (Betriebssysteme, Spiel-Konsolen).

Tabelle 1: Vertriebskanäle bei Hotels in der Schweiz (Anteil an Übernachtungen)

Vertriebskanal	2008 ¹⁸⁰	2013 ¹⁸¹
Direkter Vertrieb		
- Telefon / Fax / Brief	29 %	23 %
- Walk-In	8 %	6 %
- Kontaktformular auf Webseite (kein Verfügbarkeits-Check)	9 %	6 %
- E-Mail	26 %	21 %
- Echtzeitbuchungen auf Webseite (mit Verfügbarkeits-Check)	4 %	7 %
Online-Buchungsplattformen	6 %	19 %
Tour Operator / Reisebüros	7 %	5 %
Wholesaler	k.A.	3 %
Globale Distributionssysteme (GDS)	2 %	3 %
Tourismusorganisationen	5 %	3 %
Event- und Kongressorganisatoren	2 %	2 %
Hotelketten- und Kooperationen mit zentralen Reservationssystemen (CRS)	1 %	1 %
Social Media Kanäle	k.A.	0 %
Andere Vertriebskanäle	1 %	1 %

205. Daneben nehmen Hotels in der Schweiz die Dienste von verschiedenen Reise-Intermediären in Anspruch. Von diesen indirekten Vertriebskanälen machen Buchungen über Online-Buchungsplattformen den grössten Anteil aus. Des Weiteren erfolgt der indirekte Vertrieb, wenn auch in jeweils deutlich geringerem Umfang, über Reiseveranstalter / Reisebüros und Wholesaler¹⁸², über Globale Distributionssysteme (GDS)¹⁸³, wie auch über eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen¹⁸⁴ (wie Tourismusorganisationen, Event- und Kongressorganisatoren).

206. Über die Zeit betrachtet konnte zwischen den Jahren 2008 und 2013 ein massives Wachstum des Anteils der Online-Buchungsplattformen beobachtet werden. Zumal die Anzahl Logiernächte bei Hotels in der Schweiz in diesem Zeitraum sogar leicht gesunken ist, kann festgehalten werden, dass dieses Wachstum der Online-Buchungsplattformen insbesondere zu Lasten des direkten Vertriebs erfolgte.¹⁸⁵ Allerdings hat auch die Bedeutung von anderen Vertriebskanälen wie Tourismusorganisationen oder Tour Operators (Reiseveranstalter) / Reisebüros während dieses Zeitraums abgenommen.

¹⁸⁰ Vgl. ROLAND SCHEGG/THOMAS ALLEMANN, Schweizer Hotellerie und Internet 2008, Online Vertrieb gewinnt an Dynamik, Resultate einer online Umfrage bei Mitgliedern von hotelleriesuisse, HES-SO, 2009, 18 <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf7/Schweizer_Hotellerie_und_Internet_20081.pdf> (27. 1.2015).

¹⁸¹ Vgl. ROLAND SCHEGG, 2014 European Hotel Distribution Study, The Rise of Online Intermediaries, Special focus Switzerland, HES-SO, 2014, 24 <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf7/2014_European_Hotel_Distribution_Study_SUMMARY_Switzerland_Focus1.pdf> (27.1.2015).

¹⁸² Vgl. Rz 221 ff.

¹⁸³ Vgl. Rz 216 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Rz 228 ff..

¹⁸⁵ Gemäss dem Bundesamt für Statistik waren im Jahr 2008 37'333'769 Logiernächte und im Jahr 2013 35'623'883 Logiernächte zu verzeichnen. Siehe Bundesamt für Statistik (BFS), Hotels und Kurbetriebe, Angebot und Nachfrage im Überblick <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (27.1.2015).

207. Die Parteien bringen vor, dass neben Online-Buchungsplattformen auch sämtliche anderen der genannten Vertriebskanäle sowie zusätzlich auch Werbedienstleister (Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen und Internet-Suchmaschinen) zum sachlich relevanten Markt zu zählen seien. Nachfolgend ist deshalb zu klären, ob diese aus Sicht der Hotels als mögliche Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können.

(i) Direkter Vertrieb

208. Der direkte Vertrieb umfasst sämtliche Buchungsmöglichkeiten, bei welchen der Endkunde seine Buchung direkt, d.h. ohne einen Intermediär, bei einem Hotel vornimmt. Die Buchungen können dabei einerseits durch traditionelle Kommunikationskanäle (d.h. per Telefon, Brief oder Fax) oder auf elektronischem Weg erfolgen (d.h. per E-Mail, über ein elektronisches Buchungsformular oder als Echtzeit-Buchung auf der hoteleigenen Homepage). Schliesslich gibt es auch Endkunden, welche ein Hotel ohne vorgängige Reservation aufsuchen, sogenannte Walk-In-Kunden.

209. Wie auch von Online-Buchungsplattformen werden durch den direkten Vertrieb sämtliche Arten von Endkunden angesprochen. Im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen bietet der direkte Vertrieb lediglich die Möglichkeit der Buchung einer Hoteldienstleistung, ohne dass die Suche nach einer Vielzahl von Hotels und folglich auch keine unmittelbaren Vergleiche zwischen Hotels möglich sind. Ein Resultat dieser Einschränkung ist insbesondere, dass im direkten Vertrieb keine indirekten Netzwerkeffekte bestehen können. In beschränktem Ausmass können entsprechende Netzwerkeffekte bei Hotels bestehen, welche Teil einer internationalen Hotelkette sind (wie beispielsweise Hilton, Sheraton etc.) sowie bei Hotelaffiliationen (beispielsweise The Leading Hotels of the World, Design Hotels). Die derart entstehenden Netzwerkeffekte sind allerdings angesichts der geringen Bedeutung von Ketten-Hotels in der Schweiz kaum relevant.¹⁸⁶

210. Analog zu den fehlenden indirekten Netzwerkeffekten fehlen dem direkten Vertrieb auch gewisse Skaleneffekte: So ist eine umfassende internationale Präsenz für ein einzelnes Hotel kaum zu bewerkstelligen, wie auch eine Bündelung von Marketingaktivitäten kaum machbar ist. Ebenso erlaubt der direkte Vertrieb kein Multihoming, wohingegen Online-Buchungsplattform Buchungen bei verschiedenen voneinander unabhängigen Hotels aus einer Hand ermöglichen.

211. Der direkte Vertrieb wird im Allgemeinen als der für Hotels kostengünstigste Vertriebskanal betrachtet, insbesondere auch im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen. Wenn der direkte Vertrieb ein vollständiges Substitut für Online-Buchungsplattformen wäre und letztere entsprechend keinen tatsächlichen Mehrwert gegenüber den Hotels generieren würden, würde infolgedessen keine Nachfrage nach Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen (oder auch anderen kostenpflichtigen Vertriebskanälen) bestehen. Vielmehr geht aus der Umfrage hervor, dass Online-Buchungsplattformen stets komplementär zum direkten Vertrieb eingesetzt werden. So hat keines der befragten Hotels zu Gunsten von Online-Buchungsplattformen ganz auf den direkten Vertrieb verzichtet. Die Komplementarität der Online-Buchungsplattformen und des direkten Vertriebs ist auch aufgrund der Tatsache, dass gewisse Hotels gänzlich auf erstere verzichten,¹⁸⁷ nicht in Frage zu stellen. So ist es bei praktisch

¹⁸⁶ Vgl. Rz 346 ff.

¹⁸⁷ Im Rahmen der Hotelumfrage waren dies insbesondere kleine Betriebe, welche teilweise über eine spezielle Gästestruktur verfügen (wie beispielsweise Berggasthäuser, Hotels mit hauptsächlich Dauermietern etc.).

sämtlichen Produkten der Fall, dass nicht alle aufgrund ihrer Eigenschaften als Endkunden in Frage kommenden Personen oder Unternehmen ein entsprechendes Produkt auch erwerben.

212. In seiner bisherigen Praxis im Reisebereich hat sich die WEKO regelmässig gegen einen Einbezug von Endkunden, welche Reisedienstleistungen ohne den Einbezug eines Reisebüros selbst buchen, zu den jeweils sachlich relevanten Märkten ausgesprochen.¹⁸⁸ Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen von Expedia zurückzuweisen, dass im Fall „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“¹⁸⁹ der sachlich relevante Markt sowohl den Eigenvertrieb als auch den Fremdvertrieb von Tickets umfasste¹⁹⁰ und daher auch vorliegend der direkte Vertrieb zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei. Abgesehen von der Tatsache, dass der genannte Fall ein gänzlich anderes Produkt zum Inhalt hatte, sind beim Erwerb eines Tickets die Möglichkeit eines Vergleichs der Eigenschaften verschiedener Veranstaltungen wohl nur untergeordnet, weshalb beim Vertrieb von Tickets indirekte Netzwerkeffekte nur eine untergeordnete Rolle spielen.

213. Es gibt eine Vielzahl weiterer Gründe, weshalb Hotels mit ihrem direkten Vertrieb nicht als Konkurrenten der Parteien (und somit als Bestandteil des sachlich relevanten Marktes) zu betrachten sind: Auch aus Sicht der Endkunden bietet der direkte Vertrieb von Hotels nur in der Minderheit der Fälle eine mit Online-Buchungsplattformen vergleichbare Funktionalität, zumal nur ein kleiner Anteil der direkten Buchungen in Echtzeit über die Webseite der Hotels erfolgt respektive erfolgen kann.¹⁹¹ Selbst bei der Möglichkeit von Echtzeitbuchungen über die Webseite eines Hotels verzichtet der Endkunde dabei auf die Vorteile der Suche, des Vergleichs sowie der Buchung aus einer Hand. Weiter sind Hotels auf einer anderen Marktstufe als Online-Buchungsplattformen tätig, da sie nicht in erster Linie als Vermittler sondern als Produzenten von Reisedienstleistungen tätig sind. Schliesslich ist auch nicht davon auszugehen, dass tausende voneinander unabhängige Hotels als effektive Konkurrenten gegenüber den Parteien auftreten können.

214. Wie auch aus der bisherigen Praxis der WEKO im Reisebereich hervorgeht, können direkte Buchungen allerdings durchaus eine gewisse disziplinierende Wirkung auf Intermediäre haben.¹⁹² Inwiefern Hotels eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausüben, wird sodann im Rahmen der Diskussion der Stellung der Marktgegenseite näher betrachtet.¹⁹³

215. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich der direkte Vertrieb sowohl bezüglich seiner Eigenschaften wie auch bezüglich der entstehenden Kosten von den Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen klar unterscheidet und deshalb kein (perfektes) Substitut für diese darstellt. Vielmehr verhalten sich, insbesondere aus Sicht der Hotels, die Dienstleistungen der Online-Buchungsplattformen komplementär zum direkten Vertrieb.

¹⁸⁸ Vgl. RPW 2000/3, 399 ff., *TUI/Kuoni*; RPW 2004/1, 129 ff., *Hogg Robinson/Kuoni Business Travel*; RPW 2005/1, 41 ff., *Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss International Air Lines*; RPW 2006/4, 693 ff., *Hotelplan/Travelhouse*.

¹⁸⁹ RPW 2012/1, 74 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁹⁰ RPW 2012/1, 104 f., Rz 167 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

¹⁹¹ Vgl. Tabelle 1.

¹⁹² Vgl. RPW 2000/3, 402, Rz 19, *TUI/Kuoni*.

¹⁹³ Vgl. Rz 345 ff.

(ii) Globale Distributionssysteme

216. Bei Globalen Distributionssystemen (global distribution systems, GDS) handelt es sich um Informatiksysteme, welche Reisebüros den Zugriff auf Informationen bezüglich Reisedienstleistungen (insbesondere Flüge, Mietwagen und Hotels) ermöglichen sowie die Buchung der entsprechenden Reisedienstleistungen erlauben. GDS wurden ursprünglich in der Airline-Branche entwickelt, um computerbasierte Flug-Reservierungen durch Reisebüros zu ermöglichen. Ihre Funktionalität wurde im Verlauf der Zeit auf weitere Reisedienstleistungen, wie Automieten oder (wie vorliegend näher betrachtet) Hotelbuchungen ausgeweitet. Weltweit tätige Anbieter von GDS sind Amadeus, Travelport sowie Sabre.

217. Ein direkter Zugriff auf GDS durch Endkunden ist praktisch ausgeschlossen. Der Zugriff auf GDS erfolgt insbesondere durch stationäre Reisebüros, welche sich hauptsächlich an Privatkunden richten, oder Unternehmensreisebüros. Rein dadurch ergibt sich eine im Vergleich zu Online-Buchungsplattformen beschränkte Reichweite, welche zusätzlich auch noch komplementär zu derjenigen von Online-Buchungsplattformen ist. Eine solche Anbindung ist somit auch nur für diejenigen Hotels attraktiv, welche über solche Reisebüros überhaupt gebucht werden. Im Rahmen der getätigten Hotelumfrage waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten sowie Wintersportdestinationen.

218. Auch bezüglich GDS lässt sich festhalten, dass diese bei den vom Sekretariat befragten Hotels nur zusätzlich zum direkten Vertrieb und zum Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zum Einsatz kommen. Gesamthaft ist in der Schweiz der Vertrieb über GDS sowohl bezüglich des generierten Buchungsvolumens als auch bezüglich des Anteils an Hotels, welche diesen Vertriebskanal nutzen, nur von untergeordneter Bedeutung.

219. Die WEKO hat noch keine bestehende Praxis bezüglich GDS. Die EU-Kommission hat sich dahingegen in einer Reihe von Zusammenschlussverfahren mit solchen auseinandergesetzt.¹⁹⁴ In all diesen Verfahren ging die EU-Kommission davon aus, dass GDS als eigene sachlich relevante Märkte zu betrachten sind. So beispielsweise im Verfahren COMP/M.4523 Travelport/Worldspan.¹⁹⁵ Dies nachdem insbesondere auch explizit geprüft wurde, ob nicht der Vertrieb von Anbietern von Reisedienstleistungen (darunter auch Hotels) auf deren eigenen Homepages (von der EU-Kommission als „Supplier.coms“ bezeichnet) ein mögliches Substitut für einen Vertrieb über ein GDS darstellt, was schlussendlich verneint wurde.¹⁹⁶

220. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch GDS nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden können und somit nicht dem vorliegend sachlich relevanten Markt angerechnet werden können.

(iii) Reiseveranstalter und Wholesaler

221. Reiseveranstalter sind ebenfalls im Bereich des Vertriebs von Hoteldienstleistungen tätig. Typischerweise erfolgt der Vertrieb über Reiseveranstalter¹⁹⁷ über ein Merchant-Modell¹⁹⁸, wobei das Hotel Kontingente zu einem Nettopreis an den Reiseveranstalter verkauft. Vielfach

¹⁹⁴ Siehe KOMM, ABI. 2001 C 127/07, *Hilton/Accor/Forte Travel Services/JV*; KOMM, ABI. 2001 C 321/09, *Cendant/Galileo*; KOMM, ABI. 2002 C 135/07, *Amadeus/GGL/JV*; KOMM, ABI. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*; sowie KOMM, ABI. 2007 C 263/01, *Amadeus/Sabre/JV*.

¹⁹⁵ KOMM, ABI. 2007 L 314, 12, Rz 58 f., *Travelport/Worldspan*.

¹⁹⁶ KOMM, ABI. 2007 L 314, 9-13, Rz 39-57, *Travelport/Worldspan*.

¹⁹⁷ Welche wiederum entweder direkt (über die eigene Homepage oder per Telefon) oder über eigene oder unabhängige stationäre Reisebüros an deren Endkunden gelangen.

¹⁹⁸ Vgl. oben, Rz 17.

erfolgt der Vertrieb durch Reiseveranstalter an Endkunden im Rahmen eines Pakets, welches beispielsweise aus Transport, Transferleistungen und Unterkunft besteht. Nur in einem beschränkten Ausmass verkaufen Reiseveranstalter Nur-Hotel-Dienstleistungen. Beispiele für in der Schweiz tätige Reiseveranstalter sind Kuoni, TUI und Hotelplan.

222. Auf einer anderen Marktstufe, aber mit einem ähnlichen Geschäftsmodell wie Reiseveranstalter, operieren sogenannte Wholesaler, welche ebenfalls mit einem Merchant-Modell operieren und Zimmerkontingente zu einem Nettopreis erwerben. Die so erworbenen Kontingente werden anschliessend nicht direkt den Endkunden zugänglich gemacht, sondern wiederum an andere Intermediäre im Reisebereich verkauft.¹⁹⁹ Beispiele für gegenüber Hotels in der Schweiz tätige Wholesaler sind Gulliver GTA (welche dem Kuoni-Konzern angehört) und Hotelbeds (welche dem TUI-Konzern angehört).

223. Aus Sicht der Hotels ist es beim Vertrieb über Reiseveranstalter oder Wholesaler von Vorteil, dass diese Kontingente aufkaufen und somit das Inventarrisiko senken. Gemessen am Preisabschlag, welcher Reisebüros sowie Wholesaler typischerweise auf die den Endkunden zugänglichen Raten gewährt werden muss, sind jedoch die Kosten dieses Vertriebsweges deutlich höher als beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen.

224. Wie auch der Vertrieb über Globale Distributionssysteme (GDS) ist der Vertrieb über Reiseveranstalter und Wholesaler nur für gewisse Hotels attraktiv. Im Rahmen der Hotelumfrage des Sekretariats waren dies insbesondere grössere Hotels in Städten und Wintersportdestinationen. Wiederum werden diese Vertriebskanäle nicht anstatt, sondern ergänzend zum direkten Vertrieb sowie dem Vertrieb über Online-Buchungsplattformen eingesetzt.

225. Auch aus Endkundensicht sind Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht mit Online-Buchungsplattformen vergleichbar. So sind gerade Wholesaler auf einer Marktstufe tätig, zu welcher Endkunden keinen Zugriff haben. Bei Angeboten von Reiseveranstaltern ergeben sich hingegen bezüglich des Produkts respektive der Zielgruppen teilweise erhebliche Einschränkungen. So sind Hotelübernachtungen, wie bereits erwähnt, meist nur innerhalb eines umfassenden Pakets erhältlich. Ebenso ist der Erwerb von Hoteldienstleistungen über einen Reiseveranstalter vielfach mit der Erhebung von Buchungsgebühren verbunden. Schliesslich richten sich die Angebote von Reiseveranstaltern oftmals an spezifische Zielgruppen oder die Reiseveranstalter sind hauptsächlich gegenüber Endkunden eines bestimmten Landes tätig, so dass nur ein beschränkter Anteil potenzieller Endkunden überhaupt Zugriff auf die entsprechenden Angebote hat. Im Rahmen der Hotelumfrage genannte Beispiele hierfür sind der in der Tschechischen Republik ansässige Reiseveranstalter Čedok oder das japanische Unternehmen JTB.

226. Schliesslich betont auch Booking.com selbst, dass sich ihre Tätigkeit in verschiedenster Weise von derjenigen eines Reiseveranstalters unterscheidet und Booking.com deshalb auch nicht als solcher betrachtet werden soll.²⁰⁰ Auch Kuoni hält fest, dass ihre Tätigkeit als Reiseveranstalter, wie auch die Tätigkeit als Wholesaler im Rahmen der Kuoni-Tochter GTA, nicht

¹⁹⁹ So bezieht beispielsweise [...] ihre Hotelzimmer über Wholesaler und unterhält dementsprechend keine direkten Verträge mit Hotels.

²⁰⁰ Als Begründung hierfür wurden durch Booking.com unter anderem folgende Elemente angeführt:

- Als Dienstleistung bieten Sie ausschliesslich Online-Reservierungen von Hotels an und keine Reise- und Transportdienstleistungen, Pakete, Reiseleiter, Ausflüge, Kongresse, organisierte Reisen, Verpflegung oder andere (touristische) Dienstleistungen.
- Booking.com legt die Endkundenpreise nicht selber fest und erhebt bei den Endkunden keine Gebühr für die Verwendung seiner Dienstleistung und auch keine Buchungsgebühren.

vergleichbar seien mit den Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen wie Booking.com, HRS sowie Expedia.

227. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus Sicht der Hotels Reiseveranstalter sowie Wholesaler nicht als vollwertige Alternativen zu Online-Buchungsplattformen in Frage kommen und somit nicht dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt anzurechnen sind.

(iv) Weitere Vertriebskanäle

228. Neben den vorgehend genannten Vertriebskanälen, welche einen überwiegenden Anteil der in der Schweiz getätigten Buchungen generieren, gibt es eine Reihe von weiteren Vertriebskanälen, welche quantitativ nur von untergeordneter Bedeutung sind und schon allein deshalb nicht über das Potenzial verfügen, als Substitut für Online-Buchungsplattformen zu dienen. Hinzu kommt bei diesen Nischenkanälen auch, dass diese vielfach nur einen sehr beschränkten Fokus bezüglich der Zielgruppen sowie der Art und Anzahl der über sie buchbaren Hotels verfügen.

229. Darunter fallen Buchungen durch Organisatoren von Konferenzen und Events, Social-Media-Kanäle und Tourismusorganisationen. Letztere bieten üblicherweise, neben der Kernaufgabe der Informationsvermittlung und Vermarktung der entsprechenden Reisedestinationen auch teilweise die Vermittlung von Hotelzimmern an. Zu solchen Tourismusorganisationen zählen lokale Organisationen (z.B. Arosa Tourismus), regionale Organisationen (z.B. Graubünden Tourismus) oder nationale Organisationen (Schweiz Tourismus, welche u.a. auch myswitzerland.com betreibt). Zusätzlich zum geringen Buchungsvolumen dieser Vertriebskanäle kommt die Tendenz, dass diese teilweise die Buchungsmöglichkeiten bezüglich Hotels an Online-Buchungsplattformen auslagern und somit ohnehin nicht mit diesen in Konkurrenz treten können.²⁰¹ So wird man beispielweise von der Homepage von Lausanne Tourismus²⁰² zur Hotelsuche über einen Affiliate-Link²⁰³ auf eine entsprechende Seite von Booking.com weitergeleitet. Auch arbeiten beispielsweise die Tourismusorganisation St. Moritz-Engadin sowie myswitzerland.com mit STC zusammen.

230. Daneben existiert eine Reihe von Anbietern von Softwarelösungen, welche den Vertrieb von Hoteldienstleistungen erleichtern sollen. Diese stellen zwar selbst keinen Vertriebskanal im eigentlichen Sinn dar, ermöglichen aber die technische Umsetzung von Buchungsmöglichkeiten gegenüber Endkunden: So können Tourismusorganisationen, welche nicht mit einer Online-Buchungsplattform zusammenarbeiten, Preise und Verfügbarkeiten von Hotels in ihrer Destination über sogenannte Destinationsmanagement-Systeme (DMS) verwalten sowie Buchungen darüber abwickeln. In der Schweiz bedeutsame DMS sind insbesondere TOMAS und Feratel Deskline. Hotels selbst können ihre Preise und Verfügbarkeiten auf verschiedenen Vertriebskanälen über zentrale Reservationssysteme (CRS) sowie Channel Manager verwalten, welche ihnen beispielsweise auch die Einbindung einer direkten Buchungsmöglichkeit auf der eigenen Webseite ermöglichen. In der Schweiz sind insbesondere Reconline sowie GHIX wichtige Anbieter von zentralen Reservationssystemen (CRS) für individuelle Hotels, während Hotelketten teilweise über eigene entsprechende Lösungen verfügen.

-
- Booking.com ist nicht Wiederverkäuferin der Hotelzimmer und operiert nicht als Händler oder Wholesaler.

²⁰¹ Vgl. Ausführungen zum Intra-brand-Wettbewerb, Rz 316 ff.

²⁰² <<http://www.lausanne-tourisme.ch>> (22.1.2015).

²⁰³ <<http://www.booking.com/city/ch/lausanne.de.html?aid=33082de>> (22.1.2015).

231. Weitere Nischenkanäle umfassen Anbieter von sogenannten Deal-Angeboten (wie Groupon oder DeinDeal), Auktionsplattformen (wie eBay oder Ricardo.ch), Package-Anbieter (im Rahmen der Hotelumfrage wurde beispielsweise Weekend4Two genannt), Anbieter von spezifischen Arten von Hotels (wie beispielsweise Bergfex, welche sich auf Ferienhotels in Bergregionen spezialisiert hat) sowie Opaque Booking-Anbieter (wie Priceline.com, konzernmässig verbunden mit Booking.com und Hotwire, welches zu Expedia, Inc. gehört).

(v) Werbedienstleister

232. Es gibt eine Reihe von Unternehmen, welche Endkunden Informationen zu Hotels zur Verfügung stellen, um diese dann über werbefinanzierte Links auf die jeweiligen Vertriebskanäle weiterzuleiten. Dies sind insbesondere Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen. Die Parteien bringen bezüglich derartiger Unternehmen vor, dass diese als Konkurrenten von ihnen zu betrachten seien und daher dem sachlich relevanten Markt anzurechnen seien.

233. Im Zusammenhang mit Werbedienstleistern ist darauf hinzuweisen, dass Ausgaben für derartige Dienstleistungen einen erheblichen Anteil an den Kosten der Parteien ausmachen, worauf im Abschnitt zu den Rechtfertigungsgründen²⁰⁴ näher eingegangen wird.

1. Bewertungsportale

234. Bewertungsportale ermöglichen es Endkunden, individuelle Erfahrungsberichte, beispielsweise über vergangene Hotel-Aufenthalte, zu verfassen und stellen solche Erfahrungsberichte den anderen Nutzern des Bewertungsportals zur Verfügung. Somit bieten Bewertungsportale den Endkunden die Möglichkeit, nach Hotels zu suchen und diese aufgrund der bisher verfassten Erfahrungsberichte zu vergleichen. Beispiele für solche Bewertungsportale sind TripAdvisor, Zoover sowie HolidayCheck.

235. Bewertungsportale erbringen ihre Dienstleistung gegenüber den Endkunden kostenlos, bieten aber keine eigenen Buchungsmöglichkeiten an. Vielmehr werden die Endkunden zur Buchung eines konkreten Angebots über einen werbefinanzierten Link an ein entsprechendes Unternehmen, beispielsweise eine Online-Buchungsplattform, weitergeleitet. Hierfür bezahlt dieses eine sogenannte Pay-per-Click-Gebühr, d.h. es wird ein Betrag entrichtet, wenn ein Endkunde über einen entsprechenden Link auf die Homepage beispielsweise einer Online-Buchungsplattform gelangt. Die Pay-per-Click-Gebühr ist unabhängig davon geschuldet, ob diese Weiterleitung letztlich in einer Buchung resultiert oder nicht.

2. Meta-Suchmaschinen

236. Bei Meta-Suchmaschinen handelt es sich um Webseiten, welche sich darauf spezialisiert haben, Preise für bestimmte Reise-Dienstleistungen bei verschiedenen Anbietern zu aggregieren und somit Preisvergleiche zwischen verschiedenen Anbietern zu ermöglichen. Beispiele für Meta-Suchmaschinen sind HotelsCombined, Skyscanner sowie der Google Hotel Finder, welcher in die Suchfunktionalität von Google integriert ist. Gewisse Meta-Suchmaschinen gehören zu den Konzernen der Parteien der vorliegenden Untersuchung: So gehört die Meta-Suchmaschine Kayak (wie Booking.com) zu Priceline.com, Inc. und Trivago wurde im Jahr 2013 von Expedia, Inc. übernommen.

²⁰⁴ Vgl. Rz 365 ff.

237. Das Geschäftsmodell von Meta-Suchmaschinen ist weitgehend vergleichbar mit demjenigen von Bewertungsportalen. So erfolgt die Buchung durch den Endkunden direkt bei einem durch die Meta-Suchmaschine angezeigten Anbieter, welcher der Meta-Suchmaschine für die erfolgte Weiterleitung eine Pay-per-Click-Gebühr bezahlt.

3. Internet-Suchmaschinen

238. Endkunden können nicht nur durch spezialisierte Angebote wie Bewertungsportale und Meta-Suchmaschinen, sondern auch über Internet-Suchmaschinen wie Google oder Bing auf die Angebote von Online-Buchungsplattformen aufmerksam werden.

239. Auch die Dienstleistungen von Internet-Suchmaschinen sind aus Sicht der Endkunden kostenlos. Wenn man als Endkunde nach Hotels in einer bestimmten Ortschaft sucht, beispielsweise durch die Eingabe von „Hotels in Genf“ in der Suchmaske, erscheint typischerweise eine Liste mit organischen Suchresultaten. Die organischen Suchresultate umfassen eine Liste mit Links, bei welchen die Internet-Suchmaschine versucht, die aus Sicht des Endkunden relevantesten Resultate zuerst aufzulisten. Wenn ein Endkunde über einen solchen organischen Link auf eine Homepage gelangt, ist dies für deren Betreiber kostenlos. Online-Buchungsplattformen und andere Anbieter (wie auch die Hotels selbst) können versuchen, die Informationen auf der eigenen Homepage derart zu optimieren, dass diese aus Sicht der Internet-Maschine relevanter wird. Ein solches Verhalten wird als „Search Engine Optimisation“ bezeichnet.

240. Internet-Suchmaschinen generieren ihre Einnahmen durch den Verkauf von bezahlten Suchresultaten. So besteht bei Google²⁰⁵ die Möglichkeit, sogenannte Google AdWords über einen Versteigerungsmechanismus erwerben, so dass bei der Eingabe von bestimmten Suchbegriffen (wie beispielsweise „Hotels in Genf“) ein entsprechender Link auf die eigene Homepage (beispielsweise eine Online-Buchungsplattform) erscheint. Wenn ein Internet-Nutzer auf einen solchen werbefinanzierten Link klickt, wird er auf die Online-Buchungsplattform geleitet, wofür Google eine Pay-per-Click-Gebühr erhält. Zusätzlich können lokale Suchresultate erscheinen, welche eine organische Liste von lokalen Anbietern (beispielsweise Hotels in der Stadt Genf) enthält, welche aber einen Link zu einer Buchungsmöglichkeit eines Werbepartners enthalten, welcher ebenfalls über eine Pay-per-Click-Gebühr abgegolten wird.

241. Der Einsatz von Google AdWords kann äusserst flexibel gestaltet werden. So müssen keine längerfristigen Verträge abgeschlossen werden. Vielmehr ist die Beteiligung an Auktionen für bestimmte Google AdWords jederzeit möglich und kann auch kurzfristig eingestellt werden. Daneben kann eine Vielzahl von anderen zu berücksichtigenden Parametern frei bestimmt werden wie beispielsweise die Tageszeit der Suche oder die Region, in welcher Suche getätigt wird.

4. Beurteilung

242. Wie aus den vorhergehenden Erläuterungen hervorgeht, sind Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen allesamt als Werbedienstleister, insbesondere gegenüber den Online-Buchungsplattformen, tätig. Hotels erhalten jedoch keine unmittelbaren Buchungen über diese Werbedienstleister. Endkunden können zwar bei diesen Werbedienstleistern nach Hotels suchen und sich (in unterschiedlichem Ausmass) über diese

²⁰⁵ Bei Bing, der Internet-Suchmaschine von Microsoft, heisst das entsprechende Produkt Bing Ads.

informieren, für eine effektive Buchung müssen sie aber dennoch einen der bestehenden Vertriebskanäle des so gewählten Hotels nutzen.

243. Allein schon mangels Buchungsmöglichkeiten kann eine Substitution von Online-Buchungsplattformen durch Werbedienstleister ausgeschlossen werden. Vielmehr sind solche Werbedienstleistungen als reine Vorleistungen für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen zu betrachten: Die Werbedienstleistungen werden von Online-Buchungsplattformen eingekauft, um ihre Dienstleistungen zu vermarkten. Eine Zurechnung von Internet-Suchmaschinen zum selben sachlich relevanten Markt wie Online-Buchungsplattformen würde zum widersprüchlichen Resultat führen, dass die eigenen Werbeausgaben einer Online-Buchungsplattform bei einem Werbedienstleister gleichzeitig als Umsätze der derart definierten „Konkurrenz“ betrachtet werden müssten. Dies wäre insbesondere für diejenigen Meta-Suchmaschinen unsachgemäss, welche demselben Konzern wie die Parteien angehören.²⁰⁶

244. Auch das Bundeskartellamt hält bezüglich Meta-Suchmaschinen²⁰⁷ fest, dass diese nicht zum selben sachlichen Markt wie Online-Buchungsplattformen gehören. Begründet wird dies mit der Feststellung, dass für Hotelunternehmen Metasuchmaschinen insbesondere deshalb nicht austauschbar sind, weil sie nicht die gesamte Vertriebsleistung erbringen, welche ein Hotelier von einer Online-Buchungsplattform erwartet.²⁰⁸ Vielmehr kommt das Bundeskartellamt aufgrund von Erfahrungen bei Fusionskontrollen sowie aufgrund von Aussagen der Online-Buchungsplattformen zum Schluss, dass Metasuchmaschinen auf einer anderen Marktstufe tätig sind als die Online-Buchungsplattformen.²⁰⁹

245. Schliesslich verweist das Bundeskartellamt auch auf die Erwägungen zu Meta-Suchmaschinen der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Beurteilung von Globalen Distributionssystemen (GDS).²¹⁰ Die Europäische Kommission hielt fest, dass Meta-Suchmaschinen mangels eigener Buchungs-Funktionalität nicht demselben sachlich relevanten Markt wie GDS anzurechnen seien. So würden Meta-Suchmaschinen in erster Linie als Kanalisierungsinstrument dienen, welches den Verbraucher auf den Reiseleistungsanbieter mit den günstigsten Tarifen verweist.²¹¹

246. Schliesslich weist auch Booking.com in seiner Stellungnahme zum Antrag darauf hin, dass derzeit nur die wenigsten Hotels direkte Verträge mit Meta-Suchmaschinen hätten: So hätten im März 2015 von [...] auf der zum Priceline-Konzern gehörenden Meta-Suchmaschine Kayak gelisteten Hotels in Europa lediglich [...] direkte Verträge mit Kayak.

247. Zusammenfassend können Bewertungsportale, Meta-Suchmaschinen sowie Internet-Suchmaschinen nicht als Substitute für Online-Buchungsplattformen betrachtet werden, dies insbesondere aufgrund der fehlenden eigenen Buchungsmöglichkeiten. Hingegen bieten diese Werbedienstleister Möglichkeit, den Zugang von Endkunden zu verschiedenen Vertriebskanälen in einem gewissen Ausmass zu beeinflussen.

²⁰⁶ Vgl. Rz 236.

²⁰⁷ Wobei sich das Bundeskartellamt unter diesem Begriff auch mit Bewertungsportalen auseinandersetzt. Vgl. hierzu Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 98, *HRS*.

²⁰⁸ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 99, *HRS*.

²⁰⁹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 100, *HRS*.

²¹⁰ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 102, *HRS*.

²¹¹ KOMM, ABl. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*.

(vi) Einzelne Online-Buchungsplattformen als separate sachlich relevante Märkte?

248. Wie vorhergehend erläutert, verfügen die Parteien teilweise über gewisse Verhaltensspielräume gegenüber ihren Partner-Hotels, wie die Möglichkeit, Kommissionen in einem gewissen Umfang zu erhöhen, wobei die Kommissionen bei Konkurrenten teilweise tiefer sind: So erhöhte HRS die Kommission in der gesamten Schweiz, [...]. Hingegen verlangt STC (als nach den Parteien nächstgrössere Online-Buchungsplattform) einen konstant deutlich tieferen Kommissionssatz verlangt. Ebenso weist Expedia bezüglich Verfügbarkeitsparitäten die weitreichendsten Klauseln auf und auch HRS konnte seine Paritätsklauseln ausweiten. Dahingegen hat STC erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt entsprechende, aber deutlich weniger weitgehende Klauseln eingeführt.

249. Die Möglichkeit einzelner Marktteilnehmer, Preise zu erhöhen oder Konditionen zu verschlechtern, kann, zumindest isoliert betrachtet, nicht als Indiz für das Vorhandensein von separaten sachlich relevanten Märkten betrachtet werden. Vielmehr können in der Realität auch innerhalb eines sachlich relevanten Marktes Unterschiede zwischen verschiedenen Anbietern bezüglich Preisen und Konditionen beobachtet werden.

250. Hierzu ist auf die Untersuchung „ETA Preiserhöhung“ hinzuweisen, deren Hintergrund die geplante Erhöhung der Preise für mechanische Uhrwerke per 1. Januar 2009 um bis zu 12 % bei gleichzeitiger Streichung des vorher gewährten Skonto von 3 % bei einer Barzahlung innerhalb von 10 Tagen war.²¹² Dennoch wurde bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, entsprechend der vorherigen Praxis der WEKO, an einem Markt für mechanische Swiss Made Uhrwerke aller Kaliber und Preisklassen festgehalten²¹³, in welchem die ETA als marktbeherrschend betrachtet wurde.²¹⁴

251. Auch bei Kreditkarten besteht eine Marktstruktur, in welcher Mastercard / Visa den Nischenanbietern wie Diners Club in vielerlei Hinsicht klar überlegen sind (sei es bezüglich Umsätze oder bezüglich Anzahl Partner-Händler). Dennoch wurde bei diesen Fällen tendenziell von einem Gesamtmarkt für Kreditkarten ausgegangen, wenn auch festgehalten wurde, dass die disziplinierende Wirkung der Nischenanbieter wohl nur äusserst gering ist.

252. Vor dem Hintergrund der vorhergehend erläuterten Praxis der WEKO ist es auch vorliegend nicht sachgerecht, enge sachlich relevante Märkte bestehend aus den einzelnen grossen Online-Buchungsplattformen, d.h. Booking.com, Expedia und HRS abzugrenzen. Allerdings finden die genannten Elemente Eingang bei der Beurteilung der Marktstellung der Parteien, insbesondere bei der Frage einer allfälligen (kollektiven) Marktbeherrschung derselben.²¹⁵

²¹² Vgl. RPW 2014/2, 396, Rz 1, *ETA Preiserhöhung*.

²¹³ Vgl. RPW 2014/2, 398 ff., Rz 44–59, *ETA Preiserhöhung*.

²¹⁴ Vgl. RPW 2014/2, 402, Rz 75, *ETA Preiserhöhung*.

²¹⁵ Vgl. Rz 424 ff. Auch zurückzuweisen ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen von Expedia, dass Hinweise darauf bestehen, wonach bei Preiserhöhungen seitens Expedia viele von deren Partner-Hotels auf Expedia verzichten würden und somit auf einen weiteren sachlich relevanten Markt zu schliessen ist. So ist es durchaus normal, dass bei mehreren in einem sachlich relevanten Markt tätigen Unternehmen, das [...] Unternehmen bei weiteren Preiserhöhungen mit grösseren Kundenverlusten rechnen muss, als ein [...] Unternehmen. Hingegen finden entsprechende Überlegungen ebenfalls Eingang in den Überlegungen zur Frage einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung der Parteien.

(vii) Schlussfolgerungen

253. Aus den vorhergehenden Überlegungen geht hervor, dass der Vertrieb über Online-Buchungsplattformen nicht mit anderen einem Hotel zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen substituiert werden kann. Auch wurde aufgezeigt, dass Werbedienstleister keine Substitute für Online-Vertriebskanäle darstellen. Zusammenfassend umfasst damit der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen.

254. Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes deckt sich im Ergebnis mit der Einschätzung des Bundeskartellamtes, obwohl dieses einen alternativen Ansatz zur Marktabgrenzung gewählt hat. So macht das Bundeskartellamt in einem ersten Schritt eine Unterscheidung zwischen dem Hotelvertrieb über das Medium Internet (insbesondere Online-Buchungsplattformen, Echtzeitbuchungen über die Hotel-Homepage, Globale Distributionssysteme) und Offline-Vertriebskanälen (insbesondere direkte Buchungen über Telefon, E-Mail und Reservierungsformulare auf der Hotel-Homepage sowie Buchungen über Reisebüros / Reiseveranstalter). In einem zweiten Schritt erwägt das Bundeskartellamt, ob für Hotels (wie auch für Endkunden) innerhalb der Internet-Vertriebswege vollständige Substitute für Online-Buchungsplattformen vorhanden sind, was das Bundeskartellamt schliesslich verneint.²¹⁶

C.4.5.1.5. Räumlich relevanter Markt

255. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, analog).

(i) Homogenität der Marktbedingungen

256. Die WEKO hat verschiedentlich die Homogenität der Marktbedingungen als Kriterium der geographischen Marktabgrenzung angewandt.²¹⁷ Insbesondere wurden auch regionale Unterschiede bezüglich Marktanteile als Indiz für entsprechende separate räumlich relevante Märkte betrachtet.²¹⁸

257. So existiert mit STC eine Online-Buchungsplattform, welche ausschliesslich in der Schweiz von einer gewissen Relevanz ist. Auch existieren beispielsweise Online-Buchungsplattformen, welche fast ausschliesslich in Deutschland tätig sind, namentlich Unister und Justbook.²¹⁹ Selbst bei denjenigen Online-Buchungsplattformen, welche in verschiedensten Ländern tätig sind, ergeben sich teilweise deutliche Unterschiede bezüglich der Marktposition in den verschiedenen Ländern.²²⁰ Schliesslich bestehen auch gegenüber den Endkunden nationale Unterschiede bezüglich der Ausrichtung der verschiedenen Produkte der Parteien. So verfügt beispielsweise Expedia mit Expedia.de über eine hauptsächlich auf Endkunden aus Deutschland ausgerichtete Webseite. Bei Hotels.com sowie bei Venere.com werden für Endkunden aus der Schweiz hingegen Preise in Schweizer Franken angegeben sowie das Callcenter unter einer Schweizer Telefonnummer verfügbar gemacht.

²¹⁶ Vgl. zum Ganzen Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 65-107, *HRS*.

²¹⁷ Vgl. RPW 1997/3, 369 Rz 26, *Migros/Globus* sowie RPW 2005/1, 118 Rz 61 f., *Coca Cola*.

²¹⁸ Vgl. RPW 1998/2, 295 ff. Rz 80 ff., *UBS/SBV*.

²¹⁹ Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 116 ff., *HRS*.

²²⁰ Vgl. SCHEGG (Fn 180).

258. Während die genannten länderspezifischen Unterschiede für eine nationale Marktabgrenzung sprechen, existieren auch gewisse Anhaltspunkte für eine mögliche engere geographische Marktabgrenzung. So liesse beispielsweise die Tatsache, dass Booking.com [...], den Schluss zu, dass dort andere Marktverhältnisse herrschen als in der restlichen Schweiz. Auch ist in Städten die Bereitschaft bei Booking.com grösser, die mit der Teilnahme am „Preferred Partner“ Programm verbundenen Mehrkosten zu tragen, was ebenfalls für eine unterschiedliche Betrachtung von diesen Regionen spricht. Expedia wiederum [...]. Auch ist es denkbar, dass HRS im deutschsprachigen Teil der Schweiz stärker vertreten ist, da dieses Unternehmen ursprünglich aus Deutschland stammt und sich zunächst hauptsächlich an Hotels in deutschsprachigen Gebieten richtete. Allerdings würden sich, verglichen mit einer nationalen Marktabgrenzung, auch bei beispielsweise (sprach-)regionalen räumlich relevanten Märkten kaum entscheidende Unterschiede bezüglich der Marktteilnehmer sowie deren Marktposition ergeben.

(ii) Kundennähe

259. Des Weiteren können eine für die Erbringung einer Dienstleistung notwendige Kundennähe sowie das Vorhandensein von nationalen Niederlassungen von Unternehmen als Hinweise für einen nationalen Markt betrachtet werden.²²¹

260. So ist, wie auch von den Parteien wiederholt betont wurde, die Nähe insbesondere zu den Hotels wichtig, um die Akquisition sowie die Betreuung der Partner-Hotels sicherzustellen. Booking.com hält beispielsweise fest, dass Niederlassungen, wie Booking.com (Schweiz) AG, aus praktischen und logistischen Gründen (beispielsweise Zeitzone, Sprachbarrieren, Reisezeiten) verwendet werden. Zudem erbringen diese Niederlassungen gewisse Dienstleistungen gegenüber den Hotels, wie das Training und die Unterstützung von Hotels bei der Verwendung des Extranets sowie die Erbringung von Account Management-Dienstleistungen gegenüber Hotels. So verfügen denn auch sowohl Booking.com als auch Expedia über Niederlassungen in der Schweiz. Ebenso ist STC in der Schweiz domiziliert. Die Betreuung erfolgt über [...], welche für Hotels in der Schweiz respektive für einzelne Regionen in der Schweiz zuständig sind und diese teilweise auch persönlich betreuen und insbesondere den Partner-Hotels auch persönliche Besuche abstatten. Einzig HRS verfügt über keine Schweizer Niederlassung, [...].

(iii) Praxis der WEKO sowie ausländischer Behörden im Reisebereich

261. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei Verfahren im Bereich des Reisevertriebs grossmehrheitlich den räumlich relevanten Markt national abgegrenzt, so beispielsweise bei der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens TUI/Kuoni.²²² Auch wurde in diesem Entscheid festgehalten, dass eine Aufteilung der Schweiz in engere regionale Märkte sachlich nicht gerechtfertigt sei und dass die Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz überall ungefähr gleich seien.²²³ Allerdings wurde darauf hingewiesen, dass aufgrund der steigenden Bedeutung des Internets zukünftig auch eine über die Schweiz hinausgehende Marktabgrenzung nicht auszuschliessen sei.²²⁴ In Hogg Robinson/Kuoni Business Travel²²⁵ wurde von einem

²²¹ Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

²²² Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 27, *TUI/Kuoni*.

²²³ Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 25, *TUI/Kuoni*.

²²⁴ Vgl. RPW 2000/3, 403 Rz 29, *TUI/Kuoni*.

²²⁵ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff., *Hogg Robinson/Kuoni Business Travel*.

nationalen Markt ausgegangen, wobei die Möglichkeit aufgeworfen wurde, dass gegebenenfalls auch ein internationaler Markt für die Vermittlung von Geschäftsreisen vorliege.²²⁶ Letztlich wurde der räumlich relevante Markt aber offen gelassen.²²⁷ In Hotelplan/Travelhouse wurde der Markt wiederum national abgegrenzt.²²⁸

262. Die Praxis der EU Kommission bezüglich der geographischen Marktabgrenzung beim Reisevertrieb entspricht weitgehend jener der WEKO.²²⁹ Bezüglich Globaler Distributionssysteme (GDS) ging die EU-Kommission ebenfalls von nationalen Märkten aus.²³⁰

263. Das Bundeskartellamt grenzt in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2013 in Sachen HRS den Markt national ab.²³¹

(iv) Schlussfolgerungen

264. Zusammenfassend kann vorliegend von einem nationalen Markt für Online-Buchungsplattformen ausgegangen werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass selbst bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären.²³²

C.4.5.1.6. Fazit

265. Zusammenfassend liegt somit ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen vor.

C.4.5.2. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

266. Da vorliegend die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG mangels Abrede betreffend Mindest- oder Festpreise nicht greift und auch keine andere der in Art. 12 Abs. 2 VertBek genannten Abreden gegeben ist, kann nicht per se von einer qualitativ schwerwiegenden Abrede ausgegangen werden. Es ist daher nachfolgend aufzuzeigen, welche Wettbewerbsparameter durch die vorliegenden Abreden betroffen sind und inwiefern sie beschränkt werden, um zu prüfen, ob die vorliegenden Abreden in qualitativer Hinsicht schwerwiegende oder bloss geringfügige Beeinträchtigungen darstellen.

²²⁶ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 21 f., *Hogg Robinson/Kuoni Business Travel*.

²²⁷ Vgl. RPW 2004/1, 129 ff. Rz 23, *Hogg Robinson/Kuoni Business Travel*.

²²⁸ Vgl. RPW 2006/4, 693 ff. Rz 23, *Hotelplan/Travelhouse*.

²²⁹ Vgl. KOMM, ABI. 2007 C 137/6, Rz 51, *Tui/First Choice*; KOMM, ABI. 2007 C 113/01, Rz 38, *KarstadtQuelle/MyTravel*; COMP/M.6163, Rz 29-32, *AXA/Permira/Opodo/GO Voyages/eDreams*.

²³⁰ KOMM, ABI. 2007 L 314, *Travelport/Worldspan*.

²³¹ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, *HRS*. Das Bundeskartellamt führt als Begründung insbesondere folgende Elemente an:

- Das Vorhandensein von nationalen wirtschaftlichen Schwerpunkten der Anbieter von Online-Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.2 des Beschlusses),
- Gebietspräsenz von Anbietern von Online-Buchungsplattformen (vgl. Abschnitt 2.2.3 des Beschlusses),
- Ausrichtung des Portalangebots (vgl. Abschnitt 2.2.4 des Beschlusses),
- Ausrichtung der Werbung (vgl. Abschnitt 2.2.5 des Beschlusses),
- Marktentwicklung (vgl. Abschnitt 2.2.6 des Beschlusses).

²³² Vgl. RPW 2013/2, 185 Rz 214, *Abrede im Speditionsbereich*.

267. Nachfolgend wird zunächst auf die Frage eingegangen, inwiefern die vorliegend betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Hotels beschränken. Anschliessend erfolgt die Analyse der Wettbewerbsbeschränkung anhand der verschiedenen Parameter auf Stufe der Online-Buchungsplattformen. Erste Anhaltspunkte für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen bilden die in Rz 134 ff. umschriebenen, durch die ökonomische Literatur identifizierten möglichen Effekte von Across-Platforms Parity Agreements.

C.4.5.2.1. Exkurs: Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Hotels

268. Die in der ökonomischen Literatur behandelten erwarteten Effekte von Across-Platforms Parity Agreements beziehen sich allesamt auf den Wettbewerb zwischen den Plattformen.²³³ Aufgrund der Tatsache, dass die vorliegend untersuchten Paritätsklauseln zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen abgeschlossen werden, stellt sich jedoch trotzdem die Frage, ob diese eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Hotels zur Folge haben. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob hinsichtlich von Hoteldienstleistungen, welche von Endkunden von Hotels als Marktgegenseite nachgefragt werden, eine Wettbewerbsbeschränkung aufgrund von Paritätsklauseln denkbar ist.

269. Die Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten der Online-Buchungsplattformen betreffen den Vertrieb von Hoteldienstleistungen. Diese Dienstleistungen verfügen über eine Reihe von spezifischen Eigenschaften, welche auf die Art und Weise ihrer Distribution einen wesentlichen Einfluss haben.²³⁴ Angebotsseitig sind dabei folgende Elemente hervorzuheben:

- Ein Hotel verfügt über eine fixe Kapazität an Zimmern, welche kurzfristig nicht angepasst werden kann.
- Eine Hotelübernachtung stellt ein verderbliches Gut dar: Wenn ein Hotelzimmer in einer Nacht unverkauft bleibt, ist dieses Umsatzpotenzial unwiederbringlich verloren.
- Bei Hotels sind die Fixkosten des Betriebs im Verhältnis zu den variablen Kosten vergleichsweise hoch.

270. Nachfrageseitig sind aus Sicht eines Hotels unter anderem folgende Eigenschaften zu berücksichtigen:

- Hotels stehen typischerweise heterogenen Kunden mit unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft gegenüber.
- Es bestehen Nachfrageschwankungen über die Zeit.

271. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht stellt sich einem Hotel die Herausforderung, dass es einerseits eine möglichst hohe Auslastung erreichen, aber andererseits pro verkauftes Zimmer einen möglichst hohen Preis verlangen möchte. Um dies zu erreichen, stehen einem Hotel als hauptsächliche Wettbewerbsparameter die für eine bestimmte Dienstleistung verlangten Preise zur Verfügung. Des Weiteren auch, wie viele Zimmer zu diesen Preisen sowie zu welchen Konditionen diese Zimmer verfügbar gemacht werden.

²³³ Vgl. oben, Rz 133 ff.

²³⁴ Vgl. beispielsweise STANISLAV IVANOV, Hotel Revenue Management, From Theory to Practice, Varna Zangandor, 2014, insb. Kapitel 2; sowie PETER O'CONNOR/JAMIE MURPHY, Hotel yield management practices across multiple electronic distribution channels, Information Technology & Tourism, 10:2, 2008, 161-172.

272. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend erläutert, welche Handlungsmöglichkeiten Hotels bezüglich Preisen, Verfügbarkeiten sowie Konditionen grundsätzlich offen stehen und inwiefern diese Möglichkeiten durch die Vertragsklauseln der Parteien eingeschränkt werden. Weiter ist zu beurteilen, ob diese möglichen Einschränkungen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den Hotels zur Folge haben.

(i) Preise

1. Preisunterschiede nach Produkten

273. Die einfachste Möglichkeit, Preise einer Hoteldienstleistung zu differenzieren, ist eine Unterscheidung zwischen Preisen je nach Zimmertyp, eventuell abhängig von der Belegung des gebuchten Zimmers. So kann beispielsweise eine Unterscheidung der verlangten Preise zwischen Einzelzimmern, Doppelzimmern und Doppelzimmern zur Alleinbenutzung gemacht werden. Gerade bei grösseren Hotels existieren teilweise auch weitere Zimmerkategorien, beispielsweise Superior-Zimmer, Junior-Suiten und Suiten oder Unterschiede je nach Ausrichtung und Aussicht des Zimmers.

274. Eine weitere produktspezifische Möglichkeit zur Preisdifferenzierung ist, mit der reinen Beherbergungsleistung weitere Zusatzleistungen zu verbinden. So können beispielsweise unterschiedliche Preise je nach zusätzlich erbrachten Restaurationsleistungen wie Frühstück, Halbpension oder Vollpension verlangt werden.

2. Preisunterschiede nach Zeitpunkt der Übernachtung

275. Eine weitere Möglichkeit der Preisdifferenzierung sind unterschiedliche Preise je nach Zeitpunkt der Übernachtung. So können bei der Preisgestaltung Unterschiede bezüglich der Nachfrage beispielsweise aufgrund von Jahreszeiten, Schulferien oder besonderen Anlässen berücksichtigt werden. Ob eine Übernachtung während der Arbeitswoche oder an einem Wochenende erfolgt kann ebenfalls in die Preisgestaltung einfließen.

3. Preisunterschiede nach Vertriebskanälen

276. Auch ist es denkbar unterschiedlichen Kosten verschiedener Vertriebskanäle zu begegnen, indem ein Hotel für dieselbe Dienstleistung je nach Vertriebskanal unterschiedliche Preise verlangt. So ist beispielsweise denkbar, dass ein Hotel die Preise so gestaltet, dass der Nettoumsatz, d.h. der Endkundenpreis abzüglich der bezahlten Kommission sämtlicher Buchungen, identisch ist. Dies kann auch mit dem Versuch verbunden sein, Endkunden zu einer Buchung über einen kostengünstigeren Vertriebskanal zu bewegen.

4. Yield Management

277. Die aufgrund der vorgenannten Dimensionen gesetzten Preise können grundsätzlich abhängig von Änderungen der Nachfrage oder abhängig von Charakteristika der Endkunden auch *dynamisch* angepasst, d.h. gesteigert oder gesenkt, werden. Bei diesem sogenannten Yield Management oder Revenue Management können bei der Preissetzung Faktoren wie

beispielsweise das Verhalten der Konkurrenz, die derzeit prognostizierte Auslastung des Hotels oder Stornierungen von bestehenden Reservationen berücksichtigt werden.²³⁵

5. Einschränkungen aufgrund von weiten Paritätsklauseln?

278. Weite Paritätsklauseln haben keinen Einfluss auf die Mehrheit der vorstehend erläuterten Preissetzungparameter. Die Online-Buchungsplattformen nehmen insbesondere keinen Einfluss auf die absolute Höhe der durch ihre Partner-Hotels gesetzten Endkundenpreise.²³⁶ Ebenso sind die Hotels frei in der Preissetzung bezüglich Preisunterschiede einzelner Produkte, bezüglich Preisunterschiede je nach Zeitpunkt der Übernachtung sowie in ihren Möglichkeiten, Yield Management zu betreiben. Preisparitätsklauseln führen demnach zu keiner Einschränkung des Interbrand-Wettbewerbs zwischen Hotels. So sind Hotels insbesondere nicht in der Möglichkeit eingeschränkt, höhere oder tiefere Preise als andere Hotels zu verlangen oder ihre Preise zu senken.

279. Hingegen wird der Intra-brand-Wettbewerb bezüglich den Dienstleistungen eines einzelnen Hotels durch Preisparitätsklauseln in einem gewissen Ausmass tatsächlich eingeschränkt. Während Preisdifferenzierungen zwischen Produkten und auch Preisänderungen uneingeschränkt möglich sind, haben Hotels praktisch keine Möglichkeiten, die Preise für ein bestimmtes Produkt zwischen verschiedenen Vertriebskanälen zu differenzieren. Auch besteht die theoretische Möglichkeit, dass Preisparitätsklauseln die Anreize der Hotels reduzieren, eine Preissenkung aufgrund von individuellen Verhandlungen (beispielsweise mit Walk-In-Kunden) vorzunehmen. Dies, weil in einem solchen Fall die Preise gleichzeitig auch auf den Online-Buchungsplattformen entsprechend gesenkt werden müssen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Hotels, welche beispielsweise aus Gründen der Kundenakzeptanz auf eine kanalspezifische Preisdifferenzierung verzichten wollen, dies aufgrund des Agenturmodells der Online-Buchungsplattformen auch ohne die Vereinbarung von Preisparitätsklauseln tun könnten.²³⁷ Letztlich betrifft die umschriebene Einschränkung lediglich einen kleinen Teilbereich der Preise eines Hotels: nämlich nur jene, die zu einem bestimmten Zeitpunkt, für ein bestimmtes Zimmer und verbunden mit bestimmten Konditionen angeboten werden.

280. Damit kann festgehalten werden, dass Preisparitätsklauseln eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Vertriebskanälen verunmöglichen. Hingegen haben Preisparitätsklauseln keinen Einfluss auf die absolute Preissetzung der Hotels sowie deren Möglichkeiten, ihre Preise zu senken oder zu erhöhen. Insbesondere sind Preisparitätsklauseln, wie dies bereits eingehend erläutert wurde, nicht gleichzusetzen mit einer Preisbindung zweiter Hand.²³⁸ Ebenso wenig schränken Preisparitätsklauseln die Hotels in ihren Möglichkeiten ein, andere absolute Preise als konkurrierende Hotels zu verlangen.

²³⁵ Ökonomische Überlegungen dazu finden sich in: ALEX GERSHKOV/BENNY MOLDOVANU, Dynamic revenue maximization with heterogeneous objects, A mechanism design approach, American Economic Journal: Microeconomics, 1(2), 2009, 168-198.

²³⁶ Vgl. hierzu oben, Rz 164 ff.

²³⁷ Vgl. hierzu nachfolgend, Rz 298.

²³⁸ Vgl. oben Rz 166 ff.

(ii) Konditionen

281. Ein Hotel kann bestimmte Preise auch an entsprechende Konditionen binden. So können beispielsweise günstigere Preise mit Vorausbuchungsfristen, strengeren Stornierungsbedingungen, einem Mindestaufenthalt oder einer Vorauszahlung des geschuldeten Betrags verbunden sein.

282. Auch hierzu ist festzuhalten, dass keine Hinweise bestehen, dass die Konditionenparitätsklauseln zu einer durch die Online-Buchungsplattformen koordinierten Verschlechterung der Buchungsbedingungen auf Stufe der Hotels führen.

(iii) Verfügbarkeit

283. Die Kombination eines Preises mit bestimmten Konditionen wird auch als Rate bezeichnet. Nun kann ein Hotel die Verfügbarkeit seiner Dienstleistungen je nach Rate und Vertriebskanal variieren.

1. Verfügbarkeit einzelner Raten

284. Ein Hotel hat grundsätzlich die Möglichkeit, bestimmte Raten (d.h. Kombinationen eines Produkts, Preises und Konditionen) bezüglich ihrer zahlenmässigen oder aber auch zeitlichen Verfügbarkeit einzuschränken. So ist es beispielsweise denkbar, ein speziell günstiges Angebot für eine bestimmte Anzahl Zimmer nur für ein Übernachtungs-Datum zur Verfügung zu stellen oder den Buchungszeitraum einzuschränken.

2. Verfügbarkeit je nach Vertriebskanal

285. Auch bezüglich der Verfügbarkeit von Raten auf unterschiedlichen Vertriebskanälen hat ein Hotel grundsätzlich die Möglichkeit, die Verfügbarkeiten spezifisch anzupassen. Bei Vertriebskanälen, welche mit fix zugeteilten Kontingenten arbeiten (beispielsweise Wholesaler), kann dies einfach erfolgen, indem nur eine beschränkte Anzahl Zimmer an den entsprechenden Anbieter verkauft wird.

286. Bei Vertriebskanälen wie Online-Buchungsplattformen, welche auf nicht-exklusiver Basis auf bestimmte Raten zugreifen, könnte die Verfügbarkeit eingeschränkt werden, indem die Anzahl gleichzeitig buchbarer Zimmer limitiert wird oder indem die Anzahl innerhalb eines bestimmten Zeitraumes buchbarer Zimmer limitiert wird. Auch könnte eine bestimmte Rate einem entsprechenden Vertriebskanal gänzlich verwehrt werden oder zeitweise gar keine Buchungen über einen Vertriebskanal akzeptiert werden, was einer Schliessung des entsprechenden Kanals entspricht.

3. Einschränkung durch Paritätsklauseln?

287. Die Möglichkeit, Verfügbarkeiten auf den Online-Vertriebskanälen situativ einzuschränken, wird durch die Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Parteien beschränkt. So kann ein Hotel seine Zimmer nicht ausschliesslich über den direkten Vertriebskanal anbieten wenn dies die erwartete Auslastung grundsätzlich erlauben würde, beispielsweise in der Feriensaison oder Ähnlichem.²³⁹

²³⁹ Vgl. hierzu auch hinten, Rz 302 ff.

288. Es steht einem Hotel jedoch weiterhin offen, sich grundsätzlich gegen den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen zu entscheiden. Ebenfalls nicht eingeschränkt ist die Wahlmöglichkeit des Vertriebsweges durch die Endkunden. Ein Hotel kann seine Zimmer gleichzeitig auf einer Online-Buchungsplattform und über den direkten Vertriebskanal zur Verfügung stellen, sodass den Endkunden beide Möglichkeiten offen stehen. Somit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Preisparitätsklauseln der Parteien den Wettbewerb zwischen den Hotels hinsichtlich der Verfügbarkeiten beeinträchtigen sollte.

289. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben Expedia, sowie auch teilweise Booking.com, vorgebracht, dass die Feststellung keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels aufgrund von Paritätsklauseln der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe Online-Buchungsplattformen grundsätzlich entgegenstehe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Vorliegend wird lediglich festgehalten, dass Preisparitätsklauseln zu keiner Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der von Hotels angebotenen Produkte (konkret beispielsweise Übernachtungen in einem Mittelklasse-Hotel in einer bestimmten Destination) führen. Daraus kann allerdings keinesfalls gefolgert werden, dass auch hinsichtlich des Vertriebs der von Hotels angebotenen Dienstleistung keine Wettbewerbsbeschränkungen bestehen. Generell kann nicht von der Wettbewerbssituation auf Stufe eines Produktes auf die Wettbewerbssituation auf Stufe der verwendeten Vertriebskanäle geschlossen werden.

(iv) Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf Stufe Hotels

290. Insgesamt bestehen keine Hinweise auf eine qualitativ mehr als geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs, insbesondere des Preiswettbewerbs, zwischen den Hotels aufgrund der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln.

C.4.5.2.2. Beeinträchtigung des Wettbewerbs – Stufe Online-Buchungsplattformen

291. Nachfolgend ist aufzuzeigen, inwiefern die betrachteten Vertragsklauseln den Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen in qualitativer Hinsicht beeinträchtigen.

292. Wie im Rahmen der allgemeinen Bemerkungen zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) erläutert, wird die Verminderung des Wettbewerbs zwischen Plattformen in der ökonomischen Literatur als möglicher Effekt von Preisparitätsklauseln umschrieben.²⁴⁰ Nachfolgend ist somit insbesondere die Frage zu beantworten, inwiefern sich die durch Preisparitätsklauseln entstehende Preisstruktur auf den Wettbewerb betreffend die Kommissionshöhe zwischen den Online-Buchungsplattformen auswirkt. Es wird auch aufgezeigt, inwiefern sich Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln und Konditionenparitäts-Klauseln auf den Wettbewerb hinsichtlich der Kommissionshöhe auswirken.

293. Aufgrund des von den Online-Buchungsplattformen gewählten Geschäftsmodells entspricht die erhobene Kommission den Vertriebskosten, die einem Hotel beim Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehen. Ohne die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln hätte ein Hotel im Wesentlichen zwei Möglichkeiten mit unterschiedlichen Kosten bei den zur Verfügung stehenden Vertriebskanälen umzugehen: Einerseits können Hotels bei Vertriebskanälen mit höheren Kosten entsprechend höhere Endkundenpreise verlangen. Andererseits können Hotels die Zimmerverfügbarkeit auf Vertriebskanälen mit höheren Kosten einschränken. Diese Strategien sind grundsätzlich auch gemeinsam anwendbar.²⁴¹

²⁴⁰ Vgl. oben, Rz 133.

²⁴¹ O'CONNOR/MURPHY (Fn 234).

(i) Preisparitätsklauseln

294. Die erste Strategie, d.h. bei einem teureren Vertriebskanal für dasselbe Produkt einen höheren Preis zu verlangen, entspricht im Wesentlichen einer kanalspezifischen Preisdifferenzierung. Eine solche wird durch die von den Parteien verlangten weiten Preisparitätsklauseln weitestgehend eingeschränkt: Hotels, die auf mehreren Online-Buchungsplattformen, welche weite Preisparitätsklauseln verlangen, präsent sind, dürfen zwischen diesen letztlich gar keine Differenzierung bezüglich der Preise vornehmen.²⁴²

295. Weite Preisparitätsklauseln verhindern damit einerseits, dass Hotels relative Unterschiede in der Kommissionshöhe zwischen verschiedenen Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen können: So kann ein Hotel seinen Endkunden für eine bestimmte Dienstleistung keinen Rabatt anbieten, wenn diese über eine Online-Buchungsplattform mit einer tieferen Kommission buchen. Vielmehr entsteht aufgrund von Preisparitätsklauseln die Situation, dass Endkunden, welche eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen nutzen, die Nutzer einer Online-Buchungsplattform mit höheren Kommissionen quersubventionieren.

296. Andererseits verhindern weite (wie auch enge) Preisparitätsklauseln, dass Hotels die absoluten Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen gegenüber den Endkunden sichtbar machen: So kann ein Hotel seinen Endkunden insbesondere keinen entsprechenden Rabatt gewähren, wenn diese direkt beim Hotel buchen. Anders als bei einer ausgewiesenen Buchungsgebühr (wie beispielsweise bei Flugbuchungen) erfahren Endkunden nicht, wie hoch die tatsächlichen Kosten einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform sind, obwohl diese (nicht unerheblichen) Kommissionen letztlich über die Zimmerpreise abgegolten werden.

297. Aufgrund von weiten Paritätsklauseln entsteht für eine Online-Buchungsplattform auch kein unmittelbarer Vorteil, wenn sie ihren eigenen Kommissionssatz senkt, da dieser Preisvorteil von den bestehenden Partner-Hotels gar nicht direkt an die Endkunden, welche diese Online-Buchungsplattform nutzen, weitergegeben werden kann. Der normalerweise bestehende Vorteil einer Preissenkung, d.h. die gesteigerte Attraktivität aufgrund tieferer Preise im Vergleich zur Konkurrenz, kann gar nicht auftreten. Umgekehrt hat eine Online-Buchungsplattform auch keinen unmittelbaren Nachteil in Form von unattraktiveren Endkundenpreisen, wenn sie ihre Kommissionen erhöht:²⁴³ Aufgrund der Preisparitätsklausel darf ein Hotel die Preise nicht ausschliesslich auf dieser Online-Buchungsplattform erhöhen, sondern muss entweder die Preise auf sämtlichen Vertriebskanälen gleichermaßen erhöhen oder eine Margenreduktion in Kauf nehmen. So wird auch in einer Präsentation von Tobias Ragge, Geschäftsführer von HRS, im Zusammenhang mit den im Jahr 2012 erfolgten Kommissionserhöhungen zur entsprechenden Motivation von HRS aufgeführt: „Keine Vorteile durch Hotellerie für geringere Kommissionen“.²⁴⁴

298. Die Parteien bringen bezüglich der Preisparitätsklauseln jedoch vor, dass diese zumindest ursprünglich von den Hotels gewünscht worden seien. Hierzu ist festzuhalten, dass es

²⁴² Entsprechende Erwägungen werden auch vom Bundeskartellamt bezüglich den Paritäts-Klauseln von HRS gemacht: So wird insbesondere festgehalten, dass der wirtschaftliche Effekt von Bestpreisklauseln mit einer direkten Verhaltensabstimmung zwischen Hotelportalen vergleichbar ist. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, Rz 156 f., *HRS*.

²⁴³ Wie dies bei HRS schweizweit sowie bei Booking.com [...] geschehen ist.

²⁴⁴ Präsentation von Tobias Ragge, VDR Frühjahrstagung, Berlin, 20.4.2012, HRS informiert zu aktuellen Entwicklungen, <https://www.vdr-service.de/fileadmin/veranstaltungen/tagungen/20120419_berlin/2004_1215_HRS_Ragge.pdf> (9.12.2014).

aus Sicht der Hotels durchaus Argumente für eine Preisstruktur ohne kanalspezifische Preisunterschiede gibt: So haben im Rahmen der getätigten Umfrage vereinzelte Hotels festgehalten, dass sie ihre Preise aus Gründen der Einfachheit, weil dieses Vorgehen als gerecht empfunden wird (alle Gäste werden gleich behandelt) oder aus Praktikabilitätsgründen auf allen Kanälen gleich setzen. Es findet sich beispielsweise auch in der unter Beteiligung der hotelleriesuisse erstellten Hotel-Webmarketingstudie „Der Gast aus dem Web – Reise- und Buchungsplattformen im Vergleich“ der Tipp, der Preis für dasselbe Produkt müsse für den Endkunden auf allen Online-Kanälen derselbe sein. Denn, so die Ausführungen in der Broschüre, der Kunde, der einen Unterschied feststelle, fühle sich „geprellt“.²⁴⁵

299. Eine freiwillige flächendeckende Einhaltung der Preisparitätsklauseln ist allerdings fraglich. Dagegen spricht insbesondere die Tatsache, dass alle Parteien die Einhaltung der Preisparitätsklauseln überprüfen und bei Verstößen entsprechend reagieren.²⁴⁶ Und selbst wenn ein nicht unerheblicher Anteil der Partner-Hotels der Parteien eine Präferenz für eine über verschiedene Vertriebskanäle konsistente Preisstruktur haben sollten, wäre dies keine Begründung, um dies auch automatisch von allen anderen Hotels zu verlangen. Es ist ebenfalls darauf hinzuweisen, dass die Hotels aufgrund des durch die Parteien heute praktizierten Agenturmodells ohnehin die Möglichkeit haben, die absolute Höhe der Preise auf den Online-Buchungsplattformen selbst festzulegen. So könnten sie auch ohne eine vertragliche Vereinbarung eine entsprechende Preisstruktur aufrechterhalten.

300. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben die Parteien vorgebracht, dass aufgrund der Marktabgrenzung ohnehin keine disziplinierende Wirkung von anderen Vertriebskanälen, welche nicht Bestandteil des relevanten Marktes sind, ausgehen kann. Hierzu kann letztlich auf die obigen Ausführungen hingewiesen werden. Auch ignoriert dieses Vorbringen die Tatsache, dass auch von benachbarten Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann, was beispielweise der Hintergrund des vormaligen Verbots von Nichtdiskriminierungs-Regeln (NDR) war.²⁴⁷

301. Zusammenfassend haben Hotels aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln keine Möglichkeit, den Endkunden ein spezifisches Preissignal bezüglich der relativen und absoluten Vertriebskosten der Online-Buchungsplattformen zu vermitteln. Dadurch erhalten Endkunden (welche diese Vertriebskosten letztlich über die Zimmerpreise tragen) keinen monetären Vorteil bei einer Buchung über eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen oder direkt beim Hotel. Vielmehr tragen solche Endkunden über eine Quersubventionierung teilweise die Kosten für Buchungen anderer Endkunden über teurere Online-Buchungsplattformen. Weite Preisparitätsklauseln, welche auf Stufe der Hotels lediglich zu einer gewissen Einschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs führen,²⁴⁸ haben somit eine erhebliche Beschränkung des Inter-brand-Wettbewerbs zwischen Online-Buchungsplattformen zur Folge.

(ii) Verfügbarkeitsparitätsklauseln

302. Die zweite Strategie, mit welcher Hotels prinzipiell auf unterschiedliche Kosten verschiedener Vertriebskanäle reagieren können, ist eine zeitweise Einschränkung der Verfügbarkeit

²⁴⁵ <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketingstudie_einseitig_A4_mittel.pdf> (6.2.15), vgl. insbesondere 40 und 44.

²⁴⁶ Vgl. hierzu Rz 37 ff.

²⁴⁷ Vgl. RPW 2003/1, 119, Rz 255ff., *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

²⁴⁸ Vgl. Rz 268 ff.

auf teureren Vertriebskanälen. Diese Möglichkeit wird durch weite Verfügbarkeitsparitätsklauseln weitestgehend unterbunden: So hat ein Hotel aufgrund von Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln keine Möglichkeit, zeitweise auf den Vertrieb über eine relativ teurere Online-Buchungsplattform zu verzichten und ausschliesslich eine günstigere Online-Buchungsplattform zu nutzen. Ebenso verunmöglichen weite Verfügbarkeitsparitäts-Klauseln, dass ein Hotel seinen Endkunden eine speziell günstige Zimmerkategorie exklusiv auf einer Onlinebuchungsplattform mit entsprechend tieferen Kommissionen anbietet.

303. Verlangen mehrere von einem Hotel verwendete Online-Buchungsplattformen die Verfügbarkeitsparität, so kommt die umfassendste Verfügbarkeitsparitätsklausel jeweils auf indirektem Weg auch den Online-Buchungsplattformen mit weniger weitreichenden Klauseln zugute. Booking.com und HRS behaupten, wie im Rahmen des Sachverhalts ausgeführt²⁴⁹, dass ihre Klauseln jeweils keine Last Room Availability, d.h. keine Verfügbarkeitsparität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals enthalten würden. Jene Hotels, die neben Booking.com oder HRS auch noch mit Expedia zusammenarbeiten, sind jedoch auch auf diesen erstgenannten Plattformen bezüglich des direkten Vertriebskanals gebunden, indem Expedia die Parität hinsichtlich des direkten Vertriebskanals explizit verlangt und die anderen Online-Buchungsplattformen die Parität in Bezug auf andere Online-Buchungsplattformen verlangen. Oder anders formuliert: Solange ein Hotel noch über Zimmer verfügt, muss es diese auf Expedia anbieten. Solange es aber noch Zimmer auf Expedia anbietet, muss es diese auch bei seinen anderen Vertragspartnern, sei dies Booking.com oder HRS, zur Verfügung stellen.

304. Gerade bei einer Erhöhung der Kommissionen durch eine Online-Buchungsplattform wird den Hotels eine grundlegende Reaktionsmöglichkeit genommen: Während Abnehmer eines Produkts oder einer Dienstleistung im allgemeinen auf eine Preiserhöhung mit einer bewussten Einschränkung des entsprechenden Konsums reagieren können, steht den Partner-Hotels der Parteien bei einer Kommissionserhöhung letztlich nur ein vollständiger Verzicht auf deren Dienstleistungen als Alternative offen. Dies schwächt den Handlungsspielraum wie auch die Verhandlungsposition der Hotels erheblich, da diese effektiv in eine „take-it-or-leave-it“-Situation versetzt werden: Sie haben nur die Wahl, eine Kommissionserhöhung vollumfänglich zu akzeptieren oder den Vertrag mit der betreffenden Online-Buchungsplattform aufzulösen. So ist es bezeichnend, dass die Kommissionserhöhung von HRS gleichzeitig mit einer Ausweitung der Verfügbarkeitsparität verbunden war.²⁵⁰ Während seitens Hotels auch Argumente gegen kanalspezifische Preisunterschiede existieren,²⁵¹ gibt es bezüglich der kanalspezifischen Einschränkung von Verfügbarkeiten kaum kritische Stimmen: So wird in derselben Studie, welche den Hotels eine über alle Kanäle konsistente Preisstruktur empfiehlt, den Hotels nahegelegt, dass diejenigen Online-Reiseplattformen, welche die besten Verkaufsbedingungen haben, auch die meisten Zimmer erhalten sollen und der kostenmässig teuerste Online-Vertriebskanal bei steigender Nachfrage am schnellsten wieder geschlossen werden soll.²⁵² Zusammenfassend werden Hotels aufgrund von weiten Verfügbarkeitsparitätsklauseln der Möglichkeit beraubt, mit einer situativen Einschränkung der Verfügbarkeiten auf einer Online-Buchungsplattform auf relativ höhere oder gar steigende Kommissionen zu reagieren.

²⁴⁹ Vgl. oben, Rz 49 ff.

²⁵⁰ Vgl. Rz 21.

²⁵¹ Vgl. Rz 298.

²⁵² Vgl. <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf4/Hotel-Webmarketingstudie_einseitig_A4_mittel.pdf> (30.1.2015), insb. S.40 und 44.

(iii) Konditionenparitäts-Klauseln

305. Aufgrund von Konditionenparitäts-Klauseln wird eine weitere Möglichkeit der Hotels unterbunden, günstigere Online-Buchungsplattformen oder andere Vertriebskanäle bevorzugt zu behandeln, indem auf solchen keine Angebote mit besseren Konditionen zur Verfügung gestellt werden dürfen. So wird beispielsweise im Falle von weiten Konditionenparitätsklauseln verhindert, dass Hotels ihren Endkunden bei einer Buchung über eine kostengünstigere Online-Buchungsplattform bestimmte Gratis-Zusatzleistungen (wie einen kostenlosen Internet-Zugang) anbieten. Konditionenparitäts-Klauseln unterbinden somit eine weitere Möglichkeit der Hotels, eine Online-Buchungsplattform mit tieferen Kommissionen bevorzugt zu behandeln. Ebenso können Endkunden so keinen (nichtmonetären) Vorteil aufgrund der Wahl eines für das Hotel kostengünstigeren Vertriebskanals erhalten.

(iv) Bedeutung des Wettbewerbsparameters Kommission

306. Booking.com hat vorgebracht, dass die Kommissionshöhe als Wettbewerbsparameter nur von untergeordneter Bedeutung sei und sich der Wettbewerb zwischen Online-Buchungsplattformen hauptsächlich auf Ebene der Qualität der Dienstleistung insbesondere gegenüber den Endkunden abspiele. Auch HRS hat ein Gutachten eingereicht, in welchem argumentiert wird, dass der Kommissions-Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen nur einen wenig relevanten Wettbewerbsparameter darstelle.

307. Dies könnte tatsächlich zu berücksichtigen sein, wenn Hotelkunden wenig preissensibel wären. So hat das Bundesgericht im Rahmen seiner Entscheidung betreffend Buchpreisbindung die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter unter anderem mit der geringen Preissensibilität der Endkunden begründet.²⁵³

308. Bereits die schiere Existenz von Preisparitätsklauseln und die von den Parteien vorgebrachte Begründung für deren Einführung zeigen jedoch, dass andere Wettbewerbsparameter auf dem vorliegend betrachteten sachlich relevanten Markt nur eine untergeordnete Rolle spielen. So wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass Endkunden bei Preisunterschieden auf einen anderen Anbieter wechseln würden. Falls hingegen Qualitätsparameter wie beispielsweise ein einfacher Buchungsprozess eine derart zentrale Rolle spielen würden, würden Endkunden auch einen entsprechend höheren Preis zu bezahlen bereit sein. Diese hohe Preissensibilität der Endkunden spricht klar gegen eine derart hohe Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter, dass eine Beeinträchtigung des Kommissions-Wettbewerbs vernachlässigt werden könnte.²⁵⁴

309. Dass auch für Hotels die Höhe der Kommission und somit die durch den Vertrieb über Online-Buchungsplattformen entstehenden Kosten von zentraler Bedeutung sind, ist ebenfalls offensichtlich. So würde ein Branchenverband wie hotelleriesuisse den vorliegend betrachteten Vertragsbedingungen wie auch Kommissionserhöhungen wohl keine Aufmerksamkeit schenken, wenn die Kosten des Vertriebs über Online-Buchungsplattformen aus Sicht seiner Mitglieder-Hotels nur von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung wären. Dass das Gegenteil der Fall ist zeigt sich allein schon aus der Tatsache, dass hotelleriesuisse für die vorliegende Untersuchung Parteistellung beantragt hat.²⁵⁵

²⁵³ Vgl. BGE 129 II 18, 33 E 9.4 (= RPW 2002/4, 743 E 9.4), *Buchpreisbindung*.

²⁵⁴ Vgl. Rz 308.

²⁵⁵ Vgl. Rz 76.

(v) Zusammenfassung Beeinträchtigung des Wettbewerbs Stufe Online-Buchungsplattformen

310. Es wurde aufgezeigt, dass der Wettbewerb bezüglich der Höhe der Kommissionen zwischen Online-Buchungsplattformen aufgrund der untersuchten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht erheblich beschränkt wird.

C.4.5.2.3. Fazit

311. Es wurde aufgezeigt, dass die untersuchten Vertragsklauseln kaum Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Hotels haben, da sie keinen Einfluss auf die absoluten Preise und einen Grossteil der Preissetzungsmöglichkeiten der Hotels haben.

312. Der Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen hingegen wird aufgrund der verwendeten Vertragsklauseln in qualitativer Hinsicht stark beeinträchtigt. So kann den Endkunden kein Preissignal bezüglich der Höhe der Kommissionen der Parteien vermittelt werden. Hotels können zudem nicht mit einer teilweisen Einschränkung der Verfügbarkeiten oder angepassten Konditionen auf eine teurere Online-Buchungsplattform reagieren. Dies führt zu einer praktisch vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs hinsichtlich Kommissionen zwischen den Online-Buchungsplattformen.

C.4.5.3. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

313. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intra- und Interbrand-Wettbewerbs.²⁵⁶ Die Analyse beginnt dabei ausgehend von einer Situation, in der (hypothetisch) ein uneingeschränkter Wettbewerb besteht. Dementsprechend wird nachfolgend aufgezeigt, in welchem Umfang sich die vorliegend untersuchten weiten Paritätsklauseln auf dem sachlich relevanten Markt auswirken.

314. Dabei gilt jedoch folgendes zu beachten: Bei einer klassischen Preisbindung zweiter Hand wirkt sich die Abrede unmittelbar nur auf die Preissetzung der Produkte aus, welche einer solchen Abrede unterliegen. Der Anteil der entsprechenden Produkte am sachlich relevanten Markt widerspiegelt in einem solchen Fall auch die Erheblichkeit der Abrede in quantitativer Hinsicht. Hingegen wirken sich Across-Platforms Parity Agreements im Allgemeinen sowie die hier untersuchten Paritätsklauseln im Speziellen – wie es die Bezeichnung „Across-Platform“ bereits indiziert – überproportional auf dem sachlich relevanten Markt und teilweise gar darüber hinaus auf benachbarte Märkte aus. Damit würde die reine Betrachtung der Marktanteile der einzelnen Parteien auf dem sachlich relevanten Markt die Auswirkungen ihrer Vertragsklauseln vorliegend unterschätzen.

315. Um eine Aussage zum quantitativen Element der Erheblichkeit der vorliegend betrachteten Vertragsklauseln machen zu können, wird dementsprechend nachfolgend in einem ersten Schritt aufgezeigt, welche Stellung die Parteien auf dem sachlich relevanten Markt haben, gemessen am vorhandenen Intra- sowie Interbrandwettbewerb. Vor diesem Hintergrund wird in einem zweiten Schritt ausgeführt, in welchem horizontalen Umfang sich die untersuchten Vertragsklauseln über die Marktanteile der Parteien hinaus auswirken.

²⁵⁶ Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

C.4.5.3.1. Aktueller Wettbewerb

(i) Intra-brand-Wettbewerb

316. Die Parteien bieten ihre Dienstleistungen auf dem sachlich relevanten Markt sowohl direkt als auch über Vertriebspartner, sogenannte Affiliates, an.²⁵⁷ So sind viele Webseiten, welche aus Sicht der Endkunden auf den ersten Blick als Alternativen zu den etablierten Online-Buchungsplattformen erscheinen, tatsächlich reine Vertriebspartner von diesen.²⁵⁸

317. Im Folgenden ist zu klären, inwiefern diese Vertriebspartner im Sinne eines Intra-brand-wettbewerbs disziplinierend auf die gegenüber Endkunden und Hotels relevanten Wettbewerbsparameter wie Preis und Konditionen einwirken können.

318. Die Online-Buchungsplattform von Booking.com ist einerseits über die eigene Webseite (www.booking.com) oder über die Booking.com App verfügbar. Zusätzlich ist die Online-Buchungsplattform von Booking.com auch über Webseiten von weltweit rund [...] Vertriebspartnern verfügbar (z.B. [...]). Bei einer erfolgten Buchung erhalten diese Vertriebspartner eine entsprechende Provision. Zusätzlich erhält Booking.com Reservationen über konzerninterne Webseiten (z.B. [...]), für welche Booking.com ebenfalls eine konzerninterne Gebühr entrichtet. Booking.com geht laut eigenen Schätzungen davon aus, dass im Jahr 2011 [...] % aller Buchungen über Webseiten von Vertriebspartnern erfolgten.

319. Auch zu Expedia gehören neben Expedia sowie Hotels.com noch eine Reihe von weiteren konzerninternen Webseiten wie beispielsweise eLong oder Hotwire, [...]. Und auch bei Expedia sind die Online-Buchungsplattformen entweder direkt über die eigene Webseite (Expedia.com sowie entsprechende länderspezifische Webseiten wie Expedia.de; Hotels.com; Venere.com) sowie über entsprechende Apps zugänglich. Das Programm von Expedia für Vertriebspartner nennt sich „Expedia Affiliate Network“ (EAN) und erlaubt beispielsweise auch sogenannte „White Label“-Lösungen, bei welcher die Vermittlung von Hoteldienstleistungen über Expedia erfolgt, ohne dass dies für den Benutzer der Homepage direkt ersichtlich ist. Im Rahmen des „Expedia Affiliate Network“ erhalten die Partner von Expedia bei einer erfolgten Buchung ebenfalls eine Beteiligung in Form einer Provision.²⁵⁹

320. Schliesslich kann auch auf die Online-Buchungsplattformen von HRS sowohl über die entsprechenden Homepages (wie hrs.de, hotel.de, hotel.info, tiscover.com) als auch über entsprechende Apps zugegriffen werden. Auch HRS verfügt über ein Partner-Programm, dessen Funktionsweise vergleichbar ist mit den entsprechenden Programmen von Booking.com und Expedia.²⁶⁰

321. Von den Parteien wurde vorgebracht, dass derartige Vertriebspartner als Konkurrenten zu betrachten seien. Diese Sichtweise ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Aus Sicht des Hotels sind Buchungen über Vertriebspartner der Parteien mit denselben Konditionen verbunden wie direkte Buchungen über die Online-Buchungsplattformen der Parteien. Der Vertrieb über die Vertriebspartner erfolgt automatisch im Rahmen der von den Hotels mit den Parteien abgeschlossenen Partnerverträge. Somit sind die Buchungen über Vertriebspartner an dieselben Bedingungen (wie der Höhe der Kommission) gebunden, so dass aus Sicht der Hotels

²⁵⁷ Vgl. Rz 13.

²⁵⁸ Beispiele hierfür sind Webseiten wie cheaptickets.ch, hotels-buchen.ch, opodo.de, swishotels.com, hotelselection.ch.

²⁵⁹ Vgl. <<http://www.expediaaffiliate.com>> (26.3.2015)

²⁶⁰ Vgl. <<http://www.hrs.de/web3/showCmsPage.do?pageId=affiliatePartner>> (26.3.2015).

diesbezüglich keine Unterschiede bestehen. So betont auch Booking.com, dass eine Unterkunft keine Möglichkeit hat festzustellen, ob eine Reservation über Booking.com oder einen Vertriebspartner von Booking.com abgewickelt wurde. Auch ist festzuhalten, dass Hotels gar keine Möglichkeit haben, direkte Verträge mit einzelnen Affiliates der Parteien abzuschliessen. Vielmehr ist ein Zugriff auf den Vertrieb über die entsprechenden Affiliates nur möglich, indem mit der entsprechenden Online-Buchungsplattform ein Anschluss-Vertrag abgeschlossen wird. Dies gilt auch für Endkunden, welche über Vertriebspartner einer der Parteien buchen. Auch für sie gelten bei Buchungen über Vertriebspartner der Parteien dieselben Bedingungen wie bei einer Buchung bei den Parteien selbst.²⁶¹

322. Zusammenfassend gibt es keine Hinweise, dass sich der Intra-brand-Wettbewerb disziplinierend auf die Parteien auswirken würde.

(ii) Interbrand-Wettbewerb

323. Zur Analyse des Ausmasses des Wettbewerbs zwischen Anbietern von Online-Buchungsplattformen wird zunächst der aktuelle Wettbewerb auf dem relevanten Markt untersucht. Ausgangspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs ist die Identifikation der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt und deren Marktanteile.

324. Als einzige in der Schweiz tatsächlich tätige Konkurrenten der Parteien konnten STC und ebookers identifiziert werden. Bei sämtlichen weiteren betrachteten möglichen Konkurrenten handelt es sich entweder um Affiliates der Parteien oder von STC sowie um Unternehmen, welche Hotelzimmer über globale Distributionssysteme respektive Wholesaler beziehen, um Reiseveranstalter oder um Anbieter von Softwarelösungen.

325. Die nachfolgenden Tabellen zeigen die entsprechend erfassten Marktanteile von Booking.com, Expedia, HRS sowie STC in der Schweiz in den Jahren 2007 bis 2013:

²⁶¹ Vgl. hierzu RPW 2010/3, 531f. Rz 243-261, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*. Dort wurde unter anderem festgehalten, dass von Weiterverkäufern nur dann einen Wettbewerbsdruck ausüben können, wenn diese in der Preisfestsetzung unabhängig agieren können.

Tabelle 2: Marktanteile Online-Buchungsplattformen für Hotels 2007-2013 gemäss Buchungsumsatz

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Boo-king.com	[30-40 %]	[40-50 %]	[50-60 %]	[60-70 %]	[70-80 %]	[70-80 %]	[70-80 %]
HRS	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
Expedia	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Tiscover	[0-5 %]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	Bei HRS
STC	[0-5 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
ebookers	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

Tabelle 3: Marktanteile Online-Buchungsplattformen für Hotels 2007 bis 2013 gemäss Anzahl Übernachtungen

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Boo-king.com	[30-40 %]	[40-50 %]	[50-60 %]	[60-70 %]	[60-70 %]	[70-80 %]	[70-80 %]
HRS	[20-30 %]	[20-30 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
Expedia	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Tiscover	[0-5 %]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	Bei HRS
STC	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
ebookers	k.A.	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

326. Auch andere Erhebungen von Marktanteilen ergeben vergleichbare Grössenverhältnisse. So liegen im Jahr 2013 laut einer aktuellen Umfrage des Instituts für Tourismus der Fachhochschule Westschweiz Wallis (HES-SO Wallis) die geschätzten Marktanteile von Booking.com bei 69,7 %, von HRS bei 9,8 % sowie von Expedia bei 9,9 %.²⁶² Laut der Befragung der Hotels durch das Sekretariat liegen für das Jahr 2012 die Marktanteile, ebenfalls gemessen an der Anzahl Übernachtungen, von Booking.com bei [60–70 %], von HRS bei [10–20 %] sowie von Expedia bei [10–20 %]. Allerdings ist festzuhalten, dass bei beiden Erhebungen

²⁶² SCHEGG (Fn 180), 24 <https://www.hotelleriesuisse.ch/files/pdf7/2014_European_Hotel_Distribution_Study_SUMMARY_Switzerland_Focus1.pdf> (27.1.2015).

teilweise Unternehmen, welche in anderen sachlich relevanten Märkten gegenüber den Hotels tätig sind, ebenfalls unter der Kategorie der Online-Buchungsplattformen genannt wurden.

327. Die nachfolgende Tabelle gibt Auskunft über die Marktanteilsentwicklung auf dem relevanten Markt in den Jahren 2007 bis 2013. Die Marktanteilsentwicklung gibt zum einen Auskunft darüber, welche Unternehmen Marktanteile gewinnen konnten und welche Marktanteile verloren haben. Zum anderen wird deutlich, ob im Markt Bewegung zu beobachten ist. Starke Marktanteilsschwankungen können für einen dynamischen Markt sprechen. Stabile Marktstrukturen sind meist in gesättigten (stagnierenden) Märkten anzutreffen.²⁶³

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklung Online-Buchungsplattformen gemäss Buchungsumsatz (Veränderung in Prozentpunkten)

	Veränderung 2007-2008	Veränderung 2008-2009	Veränderung 2009-2010	Veränderung 2010-2011	Veränderung 2011-2012	Veränderung 2012-2013
Booking.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tiscover	[...]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Bei HRS
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

328. Den Tabellen ist zu entnehmen, dass Booking.com auf dem Markt für Online-Buchungsplattformen während des gesamten Betrachtungszeitraums klare Marktführerin war. Mit deutlichem Abstand folgen Expedia und HRS. Schliesslich verfügten STC und ebookers während des gesamten Betrachtungszeitraums nur über marginale Marktanteile. Ebenfalls ersichtlich ist, dass Booking.com seine Marktanteile während des Betrachtungszeitraums kontinuierlich deutlich steigern konnte, während sämtliche anderen Anbieter Marktanteilsverluste hinnehmen mussten. Allerdings kann, wie in den nachfolgenden Tabellen aufgezeigt wird, im betrachteten Zeitraum auch eine Erhöhung der Anzahl Partner-Unterkünfte sowie eine Ausweitung des gesamten Marktvolumens beobachtet werden. So erfolgten die Marktanteilssteigerungen von Booking.com nur teilweise zu Lasten der kleineren Anbieter.

329. Von HRS wurde im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag die Frage aufgeworfen, weshalb die Untersuchung sich gegen HRS richtet, jedoch nicht gegen weitere kleine Marktteilnehmer, namentlich STC sowie ebookers. Hierzu ist festzuhalten, dass einerseits deren Marktanteil nochmals deutlich kleiner ist als diejenigen der Parteien. Ebenso hat STC bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens signalisiert, dass sie ein allfälliges kartellrechtliches Verbot von Paritätsklauseln umgehend umsetzen würden. Im Fall von ebookers sind sowohl die Anzahl Partnerhotels, wie auch der Marktanteil noch einmal deutlich geringer als bei STC.

²⁶³ Vgl. Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 Rz 466, *Nikon AG*.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass Expedia zwischenzeitlich die Übernahme von Orbitz, der Muttergesellschaft von ebookers, genehmigt wurde.

Tabelle 5: Anzahl der Partner-Unterkünfte

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Boo-king.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

Tabelle 6: Umsatzentwicklung (Buchungsumsatz in Millionen CHF)

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Boo-king.com	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
HRS	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Expedia	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Tiscover	[...]	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS	Bei HRS
hotel.de	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	Bei HRS
STC	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
ebookers	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Erhebungen des Sekretariats bei Betreibern von Online-Buchungsplattformen. Die Zahlen zu Expedia umfassen nach auch die Buchungsumsätze von Venere sowie hotels.com.

330. Das starke Wachstum der Online-Buchungsplattformen ist nicht auf eine generelle Zunahme der Nachfrage nach Hoteldienstleistungen in der Schweiz zurückzuführen, sondern erfolgte weitestgehend auf Kosten anderer Vertriebskanäle. So lag trotz des erheblichen Wachstums an Buchungen über Online-Buchungsplattformen die Anzahl der in der Schweiz jährlich nachgefragten Zimmernächte zwischen 2007 und 2013 immer innerhalb eines Bereichs zwischen 22'600 und 24'000 und die durchschnittliche Bruttozimmerauslastung im Bereich zwischen 44 % und 47 %.²⁶⁴

331. Zusammenfassend kann auf dem relevanten Markt eine gewisse Dynamik beobachtet werden. Zwar ist die Stellung von Booking.com als Marktführerin unangefochten, wohingegen bei den kleineren Anbietern in der Tendenz sinkende Marktanteile zu beobachten sind. Dafür

²⁶⁴ Vgl. Bundesamt für Statistik BFS, Hotellerie, Angebot und Nachfrage im Überblick, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/10/03/blank/key/01/01.html>> (3.2.2015).

ist eine kontinuierliche Steigerung sowohl des Marktvolumens, gemessen am Buchungsumsatz, als auch der Marktdurchdringung, gemessen an der Anzahl Partner-Hotels, zu beobachten.

(iii) Zusammenfassung

332. Der Markt für Online-Buchungsplattformen ist hoch konzentriert. Die Parteien decken zusammen durchgehend praktisch den gesamten sachlich relevanten Markt ab. Dabei ist Booking.com der mit Abstand stärkste Marktteilnehmer, gefolgt von Expedia sowie HRS. Von weiteren Marktteilnehmern ist sodann auch kein wesentlicher disziplinierender Effekt auf die Parteien zu erwarten.

C.4.5.3.2. Potenzieller Wettbewerb

333. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können (d.h. innerhalb von 2 bis 3 Jahren) und genügend gross sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder von nur geringer Bedeutung zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da diesen nur beschränkt ausgewichen werden kann.²⁶⁵

(i) Markteintrittsschranken

334. Eine wesentliche Markteintrittsschranke ergibt sich aus der Tatsache, dass Online-Buchungsplattformen in einem zweiseitigen Markt mit entsprechend starken indirekten Netzwerkeffekten tätig sind. Um als Online-Buchungsplattform auf dem Markt zu bestehen, müssen beide Marktgegenseiten (d.h. Hotels und Endkunden) gleichermassen angesprochen werden, damit eine kritische Grösse erreicht werden kann. Wie nachfolgend aufgezeigt, existieren bezüglich der Anwerbung von beiden Marktgegenseiten hohe Markteintrittsschranken.

335. Wie auch von den Parteien festgehalten wird, ist die Anwerbung von Hotels mit einem anfänglichen Aufwand verbunden: Partner-Hotels werden durch [...] angeworben und betreut, was [...] Kosten verursacht. Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen kann diese Anfangsinvestitionen jedoch kaum auf seine Partner-Hotels abwälzen, da die Parteien keine Aufnahmegebühren erheben. Auch hat ein Hotel, trotz grundsätzlich möglichem Multihoming, kaum Anreize eine zusätzliche Online-Buchungsplattform zu bewirtschaften, solange diese nur ein geringes Buchungspotenzial hat.

336. Selbst wenn es einer neu in den Markt eintretenden Online-Buchungsplattform gelingen sollte, eine grosse Anzahl an Partner-Hotels anzuwerben, kann es schwierig sein, Endkunden von der Nutzung der Plattform zu überzeugen, wie am Beispiel von STC illustriert werden kann: Sämtliche Mitgliederhotels von hotelleriesuisse (als Teilhaber an STC) sind auf STC vertreten. Trotz dieses nicht unwesentlichen Vorteils gelingt es STC aber nicht, auch Endkun-

²⁶⁵ Vgl. Verfügung der WEKO vom 21.10.2013, 38 Rz 177, *Swatch Group Lieferstopp*, <<http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>> (2.2.2015); RPW 2011/1, 96 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2010/1, 119 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*; RPW 2008/1, 228 Rz 57, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 262 Rz 145, *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2007/2, 214 Rz 169, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

den in grossem Umfang von der Nutzung der eigenen Online-Buchungsplattform zu überzeugen. STC verlangt zwar im Vergleich mit den Parteien tiefere Kommissionen, die Hotels können den Endkunden jedoch aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln trotz dieser tieferen Kosten keine besseren Preise anbieten als auf den Plattformen der Parteien. Eine neue Online-Buchungsplattform müsste daher erhebliche Mittel aufwenden, um andere Möglichkeiten der Endkundenwerbung voll auszuschöpfen.

337. So ist insbesondere die Anwerbung von Endkunden über (Online-)Werbung mit erheblichen Ausgaben verbunden. Die Ausgaben von Booking.com beispielsweise sind in der Schweiz alleine für [...] von [...] im Jahr 2008 auf [...] im Jahr 2012 gestiegen.

338. Eine weitere mögliche Markteintrittsbarriere sind die nutzergenerierten Bewertungen. Wie auch von den Parteien betont wird, liefern diese für die Endkunden wertvolle Informationen. Neu in den Markt eintretende Unternehmen verfügen naturgemäss noch über keine derartigen Bewertungen von Endkunden, was sie wiederum für potenzielle Kunden weniger attraktiv machen könnte. Aus Sicht der Hotels stellt sich wiederum die Schwierigkeit, dass diese eine aufgrund von nutzergenerierten Bewertungen erarbeitete Reputation nicht auf ein anderes Unternehmen übertragen können. Auf diese Form einer Marktzutrittschranke wird beispielsweise auch im Zusammenhang mit Online-Auktionsportalen hingewiesen.²⁶⁶

339. Schliesslich können auch die durch die Parteien im betrachteten relevanten Markt erzielten Renditen einen Hinweis auf das Bestehen von Marktzutrittsbarrieren darstellen. So gehen Analysen davon aus, dass Expedia mit Hotel-Buchungen, deren Anteil am Gesamtumsatz von Expedia rund 73 % ausmacht, eine Umsatz-Marge von 23 % erwirtschaftet. Die Marge ist damit deutlich höher als in den Geschäftsfeldern der Flugbuchungen (3 %) und Mietwagen sowie Kreuzfahrten mit jeweils 9 %.²⁶⁷

(ii) Markteintritte

340. Unter den zwischen 2007 und 2013 in der Schweiz in einem mehr als nur marginalen Umfang tätigen Online-Buchungsplattformen befindet sich keine, welche innerhalb dieses Zeitraums gegründet wurde. Es besteht sogar eine Tendenz zu einer steigenden Konzentration des Marktes aufgrund von Übernahmen: So wurden Tiscover (im Jahr 2008) sowie hotel.de (im Jahr 2011) durch HRS übernommen, so wie auch Booking.com zuvor (im Jahr 2005) durch Priceline.com, Inc. aufgekauft wurde. Schliesslich wurde auch Venere.com im Jahr 2008 von Expedia, Inc. erworben.

341. Google ist demgegenüber mit dem Hotel Finder mit einer Meta-Suchmaschine auf eine weitere Weise als Werbedienstleister für Online-Buchungsplattformen tätig geworden. Es erscheint jedoch höchst unwahrscheinlich, dass Google selbst eine Tätigkeit als Online-Buchungsplattform aufnimmt, zumal dies das bewährte Geschäftsmodell des Verkaufs von Pay-per-Click-Werbung untergraben würde.²⁶⁸

342. Bei weiteren von den Parteien vorgebrachten erfolgten Markteintritten handelt es sich ausnahmslos um Nischenanbieter, um Anbieter welche nur Privatunterkünfte vermitteln oder

²⁶⁶ Siehe beispielsweise CHRYSANTHOS DELLORCAS, in: Handbook of Economics and Information Systems, Terence Handershott (Hrsg.), Reputation Mechanisms, 2006, 629-660.

²⁶⁷ Vgl. <<http://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2013/01/04/whats-driving-expedias-stock/>> (3.5.2015).

²⁶⁸ Vgl. hierzu Rz 337.

um Angebote, welche scheinbar eine neue Online-Buchungsplattform darstellen, aber tatsächlich nur im Rahmen eines Partner-Programms auf Angebote der etablierten Online-Buchungsplattformen zurückgreifen.²⁶⁹

343. Insbesondere Expedia weist auf die mögliche steigende Bedeutung von Nischenanbietern und Meta-Suchmaschinen hin. Jedoch ist derzeit weder erwiesen, noch ist es absehbar, ob und inwiefern zukünftig von diesen eine disziplinierende Wirkung auf die etablierten Online-Buchungsplattformen ausgehen sollte. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Art. 30 Abs. 3 KG der WEKO bei wesentlichen Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse die Möglichkeit gibt, auf Antrag des Sekretariats oder von Betroffenen, einen Entscheid zu widerrufen oder zu ändern.

(iii) Zusammenfassung

344. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass von potenziellen Markteintritten kein nennenswerter Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen ausgeht.

C.4.5.3.3. Stellung der Marktgegenseite

345. Wettbewerbsdruck kann nicht nur von vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern ausgehen, sondern auch von den Abnehmern. Selbst Unternehmen mit hohen Marktanteilen können sich nicht weitgehend unabhängig von Abnehmern verhalten, die über ausreichend Verhandlungsmacht verfügen.

(i) Hotels

346. HRS bringt vor, dass Netzwerkeffekte des zweiseitigen Marktes dazu führen, dass Online-Buchungsplattformen auch ihrerseits von den Hotels stark abhängig sind, insbesondere davon, möglichst viele von ihnen für die Vermittlung zu gewinnen und als Vertragspartner zu halten. HRS habe deshalb gegenüber den Hotels keinen unbegrenzten Preiserhöhungsspielraum, weil diese sich des Netzwerkeffekts bewusst seien. Dass die Hotels aufgrund der Marktstruktur über einen entsprechenden Verhandlungsspielraum verfügen ist jedoch offensichtlich nicht der Fall: So konnte HRS die im Jahr 2012 vorgenommene Erhöhung der Kommissionen verbunden mit einer Verschärfung der Vertragsbedingungen durchsetzen, ohne dass Partner-Hotels diesbezüglich Verhandlungen führen konnten. Auch die [...] konnte erfolgen, ohne dass es zu Konzessionen gegenüber Partner-Hotels oder zu nennenswerten Vertragskündigungen kam. Generell sind Abweichungen von den Standard-Verträgen [...] ²⁷⁰

347. Gewisse, obgleich geringe, Konzessionen machen die Parteien lediglich gegenüber Hotelketten. Dabei ist allerdings auch bei internationalen Hotelketten der Verhandlungsspielraum stark eingeschränkt. So verfügen bei Booking.com folgende Hotelketten, welche in der Schweiz tätig sind, über von den Standardverträgen abweichende Partnerverträge: [...].

348. Somit verfügten von [...] Partnerbetrieben nur deren [...] über von den Standardverträgen abweichende Vertragsbedingungen. Allerdings betont Booking.com, dass bezüglich der verlangten Preisparitätsklauseln sowie der Verfügbarkeitsparität keine umfassenden Ausnahmen gewährt werden. Ein gewisser, wenn auch geringer, Verhandlungsspielraum würde in

²⁶⁹ So nennt Booking.com beispielsweise mit AirBnB einen Vermittler von Privatunterkünften, mit Swisshotels einen Partner von STC Switzerland Travel Centre sowie mit Secret Escapes und Jetsetter Nischenanbieter im Luxusbereich. Auch Expedia weist wiederholt auf AirBnB hin.

²⁷⁰ Vgl. hierzu oben, Rz 18 f.

erster Linie betreffend aus Sicht von Booking.com untergeordneten Vertragsbestandteilen bestehen wie beispielsweise bezüglich Rechtswahlklauseln.

349. Expedia unterhält Kettenverträge mit [...] in der Schweiz tätigen Hotelketten, das sind insgesamt [...] Hotels, insbesondere [...]. Allerdings ergeben sich auch bei diesen Kettenverträgen [...] von den allgemein verlangten Paritätsklauseln.

350. HRS hat in der Schweiz insgesamt [...] Hotelketten mit insgesamt [...] Hotels unter Vertrag. Die grössten davon sind [...]. Allerdings hält HRS fest, dass die Hälfte dieser Ketten den Standard-AGBs unterliegt und ein weiteres Viertel über einen auf die AGB verweisenden Standard-Kettenvertrag verfügt. Nur das restliche Viertel hat abweichende Verträge. HRS führt als Beispiel für abweichende Vertragsbedingungen [...].

(ii) Hotelier-Verbände

351. Mit über 3171 Mitgliedern, davon 2051 Hotels, repräsentieren die von hotelleriesuisse klassierten Betriebe laut eigenen Angaben 65 % der Schweizer Hotelbetten und generieren 75 % der Logiernächte.²⁷¹ GastroSuisse, dem Verband für Hotellerie und Restauration, sind viele kleinere Hotelbetriebe angeschlossen. So verfügt GastroSuisse über rund 20'000 Mitglieder, davon sind 3000 Hotels.²⁷²

352. Während somit die Hotels in der Schweiz in zwei Verbänden organisiert sind, welche einen Grossteil der Betriebe vertreten, scheinen diese Verbände über keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber den Parteien zu verfügen. So erklärt Booking.com, dass mit den Hotels direkt verhandelt wird und nicht mit den Verbänden. Auch die anderen Parteien führen keine Verhandlungen mit Hotelier-Verbänden. Damit geht auch von den Verbänden keine disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen aus.

(iii) Endkunden

353. Endkunden, welche Online-Buchungsplattformen nutzen, haben keinen direkten Einfluss auf die vertraglichen Beziehungen zwischen den Plattformen und den Hotels. Die WEKO hat im Entscheid TUI/Kuoni dahingegen festgehalten, dass im Reisemarkt die Endkunden durchaus eine verhältnismässig starke Stellung haben, was insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass Reisende sehr häufig Reisen selber organisieren und dass somit der Verhaltensspielraum der Reiseveranstalter durch derartige Direktgeschäfte eingeschränkt werde. Preiserhöhungen bei Reisearrangements würden einen Teil der Reisenden dazu bewegen, Reisen selbst zu organisieren.²⁷³ Es wird auch darauf hingewiesen, dass es für die Marktgegenseite im Reisemarkt üblich sei, die Preise von Angeboten verschiedener Veranstalter zu vergleichen.²⁷⁴

354. Vorliegend erhalten die Endkunden allerdings aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln kein Signal betreffend die von den Online-Buchungsplattformen verlangten Kommissionen, weshalb von den Endkunden in der vorliegenden Konstellation keine wesentliche disziplinierende Wirkung auf die Online-Buchungsplattformen ausgeht.

²⁷¹ <<https://www.hotelleriesuisse.ch/de/pub/verband.cfm>> (3.2.2015).

²⁷² <<http://www.gastrosuisse.ch/de/gastrosuisse/verband/>> (3.2.2015).

²⁷³ Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 60, *TUI/Kuoni*.

²⁷⁴ Vgl. RPW 2000/3, 408 f. Rz 39 und 61, *TUI/Kuoni*.

(iv) Zusammenfassung

355. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass weder seitens der Hotels noch seitens der Endkunden ein wesentlicher Druck auf die Parteien bezüglich der untersuchten Vertragsklauseln ausgeht.

C.4.5.3.4. Horizontales Ausmass der Wettbewerbsbeschränkung

356. Die vorgängig ermittelten Angaben zum aktuellen Wettbewerb, zu Markteintrittsbarrieren sowie zur Stellung der Marktgegenseite auf dem sachlich relevanten Markt sind insbesondere geeignet, um die Marktposition der Parteien gegenüber den Hotels und den Endkunden zu bestimmen. Diese Elemente widerspiegeln jedoch nur in ungenügender Weise die tatsächliche quantitative Auswirkung der untersuchten Vertragsklauseln. So wirken sich die fraglichen Klauseln gerade nicht exklusiv auf die Preise und Verfügbarkeiten der jeweiligen Online-Buchungsplattformen aus, sondern beziehen sich explizit auf die bei anderen Vertriebskanälen zugänglichen Angebote.

357. Die WEKO hat im Entscheid in Sachen „Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich“²⁷⁵ festgehalten, dass für die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung entscheidend ist, in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst von der Abrede innehat.²⁷⁶

358. Wie aufgezeigt wurde, sind die weiten Paritätsklauseln der Parteien sehr umfassend formuliert und beziehen sich auf sämtliche anderen Vertriebskanäle, welche ein Hotel neben den Online-Buchungsplattformen verwendet. Sie umfassen insbesondere auch sämtliche direkten hoteleigenen Vertriebskanäle sowie indirekte Kanäle, welche von Dritten angeboten werden. Die verschiedenen Paritäts-Klauseln der Parteien werden von den Hotels grossmehrheitlich eingehalten. Diese Einhaltung wird durch die Online-Plattformen auch entsprechend überwacht.²⁷⁷ Damit sind die Möglichkeiten der Partner-Hotels stark eingeschränkt, auf alternativen Vertriebskanälen, von welchen allenfalls eine disziplinierende Wirkung seitens der Endkunden auf die Parteien denkbar wäre, relativ tiefere Preise anzubieten, diese bezüglich Verfügbarkeit besser zu stellen oder mittels günstigeren Konditionen bevorzugt zu behandeln.

359. Variationsmöglichkeiten verbleiben im Bereich indirekter Vergünstigungen im Rahmen von Kundenbindungs-Programmen. Vor allem bei grossen Hotelketten können Punkte für Treueprogramme gesammelt werden, wenn eine direkte Buchung erfolgt. Als Beispiel hierfür ist das Programm von Starwood Hotels (Starwood Preferred Guest) zu nennen, bei welchem bei Reservationen über eine Online-Buchungsplattform keine Treuepunkte gesammelt werden können. Auch andere Hotelketten verwenden vergleichbare Systeme. So werden zwar keine unmittelbaren Rabatte auf eine einzelne Buchung gewährt, die gesammelten Treuepunkte können jedoch in Sachleistungen wie kostenlose Übernachtungen, Upgrades etc. umgewandelt werden, d.h. der Kunde kann bei einer späteren Buchung davon profitieren.

360. Hierzu ist festzuhalten, dass derartige Treueprogramme hauptsächlich von international tätigen Hotelketten betrieben werden. So sind denn auch diesbezüglich gewisse Netzwerkeffekte festzustellen. Ein Treueprogramm scheint für Endkunden vor allem dann attraktiv, wenn

²⁷⁵ RPW 2012/1, 74 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

²⁷⁶ RPW 2012/1, 110 Rz 197, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, m.w.H.

²⁷⁷ Vgl. oben, Rz 0 ff., 56 und 53.

dieses bei möglichst vielen Hotels anerkannt wird. Hotelketten umfassen in der Schweiz allerdings nur einen kleinen Anteil der Betriebe.²⁷⁸ Auch ist festzuhalten, dass derartige Programme letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeits- respektive Konditionenparitätsklauseln darstellen, weshalb solche Ausnahmen entsprechend von den Parteien auch gewährt werden müssen.²⁷⁹

361. Hingegen scheinen einige Hotels, letztlich unter Missachtung der Verfügbarkeitsparitäts- sowie Konditionenparitätsklauseln, Zusatzleistungen für Gäste anzubieten, welche einen bestimmten Vertriebskanal wählen. Solche Zusatzleistungen können beispielsweise über die reine Hotelübernachtung hinausgehende Sachleistungen umfassen, seien dies kostenlose Parkplätze, vergünstigte Skipässe, Wellnessangebote o.ä. Allerdings stellen auch solche Zusatzleistungen letztlich eine Abweichung von Verfügbarkeitsparitäts- respektive Konditionenparitätsklauseln dar. Allerdings scheint es auch seitens der Parteien gewisse technische Einschränkungen bezüglich der Möglichkeiten zu geben, komplexere Dienstleistungs-Pakete abzubilden.

362. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass sich weite Preisparitätsklauseln auch auf Dienstleistungen von Partner-Hotels beziehen, welche über Wholesaler respektive deren Kunden (wie beispielsweise Reiseveranstalter) an die Endkunden gelangen. Gerade bei diesen Produkten, welche gemäss einem Merchant-Modell vertrieben werden, besteht die Möglichkeit, dass dies zu einem Verstoss gegen die Preisparitätsklauseln führen kann, da hierbei der Wiederverkäufer den Endkundenpreis selbst bestimmen kann. Allerdings halten die Parteien fest, dass in solchen Fällen von den Partner-Hotels keine Einhaltung der Preisparitätsklauseln verlangt wird, sondern diese nur auf diese Problematik hingewiesen werden, so dass gegebenenfalls bestehende Verträge mit Wholesalern entsprechend angepasst werden können.²⁸⁰

363. Für Partner-Hotels der Parteien bestehen damit kaum Möglichkeiten, die Preise, Verfügbarkeiten oder Konditionen auf verschiedenen Vertriebskanälen derart zu variieren, dass relative Unterschiede bezüglich der Kosten des jeweiligen Vertriebskanals reflektiert werden können. Sämtliche genannten Möglichkeiten zu Variationen bezüglich Preisen respektive Verfügbarkeiten stellen Ausnahmen oder Umgehungen der entsprechenden Vertragsklauseln dar oder bewegen sich zumindest in vertragsrechtlicher Hinsicht im Graubereich. Insgesamt zeigt sich damit, dass diese Wirkungen nicht nur auf den relevanten Markt begrenzt sind, sondern sämtliche anderen Vertriebskanäle eines Hotels betreffen, indem diese hinsichtlich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen nicht besser gestellt werden dürfen als die Online-Buchungsplattformen der Parteien.

C.4.5.4. Fazit

364. In quantitativer Hinsicht ist von einer umfassenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund der von weiten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln auszugehen. Dies zeigt sich einerseits aufgrund der Tatsache, dass die Parteien bezüglich Marktanteile einen überwiegenden Teil des sachlich relevanten Marktes abdecken. Hinzu kommt, dass die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln eine horizontale Wirkung haben, welche über den sachlich relevanten Markt hinausgeht und so auch alternative

²⁷⁸ Vgl. Rz 319 ff.

²⁷⁹ Eine Ausnahme diesbezüglich stellt die Tatsache dar, dass Expedia die Lösung des OFT europaweit für alle Hotels eingeführt hat. Diese Lösung ermöglicht den Hotels die Bildung von sogenannten „closed user groups“, welche von den Preisparitätsklauseln ausgenommen sind.

²⁸⁰ Vgl. hierzu Fn 22.

Vertriebskanäle umfasst. Somit ergeben die Prüfung der qualitativen Kriterien sowie die Analyse der quantitativen Kriterien, dass der Wettbewerb auf Stufe der Online-Buchungsplattformen durch die von den Parteien verlangten Preisparitäts- sowie Verfügbarkeitsparitätsklauseln insgesamt praktisch vollständig beseitigt wird.

C.4.6. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

365. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

366. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

367. Liegt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsabrede vor und keine Abrede, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, gilt die Abrede i.d.R. ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Anbieters an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen anbietet, und der Anteil des Abnehmers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren und -dienstleistungen bezieht, jeweils nicht mehr als 30 % beträgt (vgl. Ziff. 16 Abs. 2 VertBek). Vorliegend bestehen jedoch mehrere Abreden nebeneinander, die praktisch den gesamten relevanten Markt abdecken und auch weitere Vertriebskanäle umfassen. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen der Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung nach Ziff. 16 Abs. 2 VertBek nicht gegeben und es ist konkret zu prüfen, ob ein materieller Rechtfertigungsgrund vorliegt.

368. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn

solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermaßen plausibel erscheinen.²⁸¹

369. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²⁸²

C.4.6.1. Trittbrettfahrerproblem

370. Die Parteien bringen vor, ihr Geschäftsmodell sei mit einer Reihe von gegenüber Hotels erbrachten Leistungen und Investitionen verbunden, wofür sie nur bei tatsächlich über ihre Online-Buchungsplattformen getätigten Buchungen mittels Kommissions-Zahlungen entschädigt würden. Diese Besonderheit des verwendeten Geschäftsmodells führe dazu, dass sie darauf angewiesen seien, dass möglichst viele Buchungen über ihre Plattform getätigt würden. Bei einer Buchung über den direkten Vertriebskanal eines Hotels profitiere dieses zwar von den Leistungen der Online-Buchungsplattform, erbringe jedoch keine Gegenleistung. Die Paritätsklauseln seien deshalb notwendig, um diese Leistungen und Investitionen zu schützen.

371. Dieses Vorbringen der Parteien entspricht weitgehend dem Point-of-Sale-Services-Argument, welches das Problem einer horizontalen Externalität auf Händlerstufe (d.h. Händler profitieren von den Service- und Beratungsleistungen ihrer Konkurrenten) zum Inhalt hat. Diese Problematik kann gemäss Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek im Rahmen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein. Die näheren Voraussetzungen zur Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments müssen vorliegend nicht eingehend erläutert werden, es genügt an dieser Stelle der Verweis auf die Ausführungen der WEKO im Rahmen der Verfügung betreffend Buchpreisbindung.²⁸³ Denn obwohl das Vorliegen einer Trittbrettfahrerproblematik gestützt auf die Art der vermittelten Dienstleistung theoretisch denkbar wäre, ist es bereits fraglich, ob diese Problematik überhaupt im behaupteten Ausmass gegeben ist. Ausserdem gelingt es, wie nachfolgend aufgezeigt wird, den Parteien nicht, darzulegen inwiefern sie Service- und Beratungsdienstleistungen oder andere Investitionen erbringen, die vor einer solchen Problematik geschützt werden sollten.

372. Ebenfalls ist darauf hinzuweisen, dass sich die WEKO bereits im Zusammenhang mit der Untersuchung in Sachen Online-Handel mit einer möglichen Trittbrettfahrer-Problematik beim Vertrieb von Haushalts-Geräten auseinandergesetzt hat. Dabei wurde festgehalten, dass selbst der stationäre Handel, obwohl dieser (in einem gewissen Ausmass) eine persönliche Beratung von Endkunden anbietet und auch Investitionen in Ausstellungsmodelle etc. tätigt, keiner Trittbrettfahrer-Problematik ausgesetzt ist, welche ein Verbot des Online-Handels kartellrechtlich zu rechtfertigen vermögen würde.

373. Schliesslich ist festzuhalten, dass wohl in den allermeisten Bereichen des (Online-)Vertriebs von Produkten und Dienstleistungen, auch bei unterschiedlichen relativen Preisen zwischen einzelnen Händlern, diese Ausgaben in Werbung und in die Verbesserung der eigenen Vertriebs-Dienstleistung tätigen. Somit erscheint es im Vornherein unwahrscheinlich, dass ausgerechnet im vorliegenden Bereich, in welchem die Unternehmen nicht einmal das mit dem

²⁸¹ Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007 (= RPW 2007/1, 133 f.), E.10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*.

²⁸² RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²⁸³ Vgl. RPW 2005/2, 286 Rz 85 ff., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen verbundene Inventarrisiko tragen, ein vertraglicher Schutz gegen tiefere relative Preise seitens der Konkurrenten gerechtfertigt sein sollte.

374. Booking.com hat im Rahmen seiner Stellungnahme zum Antrag vorgebracht, dass die Tatsache, dass eine Anzahl von durch sie befragte Hotels angegeben haben, in Abwesenheit von Preisparitätsklauseln auf dem direkten Vertriebskanal tiefere Preise, als auf Online-Buchungsplattformen anbieten würden, als Beweis für das Vorliegen einer Trittbrettfahrerproblematik betrachtet werden könne. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Beobachtung der von den Parteien vorgebrachten Argumentation, dass Preisparitätsklauseln letztlich einem Wunsch der Hotels entsprechen, widerspricht. Auch kann aus dem von Booking.com vorgebrachten Umfrageresultat lediglich gefolgert werden, dass bezüglich der Preisparitätsklauseln individuelle Abweichungsanreize bestehen, wie dies letztlich bei einer Vielzahl von preisrelevanten Abreden der Fall ist.

375. Auch das von Booking.com vorgebrachte Argument, dass gemäss einer eigenen Umfrage eine Mehrheit der befragten Endkunden bei entsprechend tieferen Preisen auf dem direkten Vertriebskanal eines Hotels anstatt auf der Online-Buchungsplattform zu buchen, entspricht letztlich einem normalen Marktverhalten. Auch illustriert dieses Resultat vielmehr, dass vom direkten Vertriebskanal durchaus eine disziplinierende Wirkung auf Online-Buchungsplattformen ausgehen kann.

C.4.6.1.1. Komplexität der vermittelten Dienstleistung

376. Grundsätzlich unterscheiden sich die Dienstleistungen von Hotels von technisch anspruchsvollen, langlebigen Produkten, für welche das Point-of-Sales-Services-Argument vielfach in Betracht gezogen werden kann. Allerdings können Dienstleistungen von Hotels als Erfahrungsgüter betrachtet werden, so dass es für Endkunden unter Umständen schwierig sein kann, die Qualität einer solchen Dienstleistung im Vorhinein festzustellen. So ist es grundsätzlich denkbar, dass Endkunden bei der Wahl eines Hotels gewisse Service- und Beratungsdienstleistungen in Anspruch nehmen.

377. Indes ist auch festzuhalten, dass längst nicht alle Endkunden Beratungsdienstleistungen bei der Wahl eines Hotels in Anspruch nehmen.²⁸⁴ So verfügen auch etliche Endkunden über einen Informationsstand, welcher über online verfügbare Informationen hinausgeht und damit Service- und Beratungsdienstleistungen durch Online-Buchungsplattformen hinfällig macht. So beispielsweise Stammkunden. Ebenso können sich beispielsweise Walk-in-Kunden selbst ein unmittelbares Bild vom besuchten Hotel machen.

C.4.6.1.2. Billboard-Effekt

378. Um zu zeigen, dass in ihrem Geschäftsfeld eine ausgeprägte Trittbrettfahrerproblematik vorliegt, führen Expedia und HRS aus, bereits die Präsenz auf einer Online-Buchungsplattform führe zu einer deutlichen Steigerung der Anzahl Buchungen auf dem direktem Vertriebskanal eines Hotels. Dieser behauptete Effekt wird unter dem Begriff „Billboard-Effekt“ vorgebracht. Gestützt auf eine durch Expedia unterstützte Studie (nachfolgend: Cornell-Studie vol. 9²⁸⁵) wird aufgeführt, diese Steigerung liege zwischen 7,5 % und 26 %.

²⁸⁴ Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 Rz 149 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

²⁸⁵ CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 9 No. 16, The Billboard Effect, Online Travel Agent Impact on Non-OTA Reservation, 2009. Daneben wird auf eine entsprechende Nachfolge-Studie verwiesen: CHRIS ANDERSON, in: Cornell Hospitality Report Vol. 11 No. 8, Search, OTAs and Online Booking, An Expanded Analysis of the Billboard Effect, 2011.

379. Es ist jedoch fraglich, inwiefern die Erkenntnisse der Cornell-Studie vol. 9 auf die Situation in der Schweiz übertragen werden können, zumal diese hauptsächlich auf Experimenten anhand von Hotels der InterContinental Hotel Group basieren, wohingegen in der Schweiz derartige Ketten-Hotels nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die Allgemeingültigkeit der Cornell-Studie vol. 9 wird auch von ESTIS GREEN/LOMAN²⁸⁶ angezweifelt: So seien die entsprechenden Hotels im Ranking von Expedia konsequent an erster Stelle aufgelistet worden. Auch sei die in der Cornell-Studie vol. 9 beschriebene Steigerung des direkten Vertriebs kaum mit den an breiter Front beobachtbaren Zahlen zu Übernachtungen und Hotelauslastung vereinbar. Zudem habe die InterContinental Hotel Group (aufgrund von vertraglichen Differenzen) für einige Monate auf eine Präsenz auf Expedia verzichtet, ohne dass dies zu einem Sinken der Buchungen auf dem direkten Vertriebskanal geführt hätte.

380. Dass die Hypothese eines Billboard-Effekts, mit dem letztlich ein Multiplikator-Effekt aufgrund der Präsenz eines Hotels auf einer Online-Buchungsplattform behauptet wird, auch für Hotels in der Schweiz zutreffen sollte, kann allein schon aufgrund der aggregierten Entwicklung der Hotel-Buchungen verneint werden: So konnte trotz des Zuwachses an Partner-Hotels sowie an Buchungen über Online-Buchungsplattformen kein paralleles Ansteigen des Buchungsvolumens auf den direkten Vertriebskanälen beobachtet werden. Vielmehr kam es, bei einer weitgehend konstanten Zimmerauslastung, letztlich zu einer Verschiebung von direkten Buchungen zu Buchungen über Online-Buchungsplattformen.²⁸⁷

381. Demnach ist bereits nicht erstellt, dass die vorgebrachte Trittbrettproblematik im Schweizer Markt in dem von den Parteien vorgegebenen Ausmass existiert. Nachfolgend ist jedoch dennoch im Einzelnen zu prüfen, ob auf Seiten der Parteien überhaupt Investitionen oder andere Leistungen erbracht werden, die vor einer möglichen Trittbrettfahrerproblematik geschützt werden sollten.

C.4.6.1.3. Art und Umfang der Service- und Beratungsleistungen

382. Die Online-Buchungsplattformen erbringen keine mit einer persönlichen Beratung im Fach-Handel vergleichbare Beratungsdienstleistung, was angesichts der Breite an verfügbaren Unterkünften auch kaum praktikabel wäre. Vielmehr wird den Endkunden nach erfolgter Suche eine gemäss den Ranking-Kriterien der Online-Buchungsplattform aufgestellte Auflistung von entsprechenden Hotels aufgezeigt.²⁸⁸ Dieses Ranking kann nicht mit einer individuellen Beratung gleichgesetzt werden, zumal in das Ranking teilweise auch kommerzielle Interessen der Online-Buchungsplattformen einfließen, welche nicht unbedingt die unmittelbaren Interessen der Endkunden reflektieren.²⁸⁹ Bei alternativen Möglichkeiten die Suchresultate zu sortieren, erfolgt die Auflistung strikt nach quantitativen Kriterien, wie beispielsweise dem Preis der Hoteldienstleistung. Auch ist der Umfang der durch Online-Buchungsplattformen vermittelten Informationen in ihrem Ausmass stark beschränkt: So werden Informationen zu den einzelnen Hotels auf einer einzigen Internetseite dargestellt, welche neben Preisen und Verfügbarkeiten typischerweise einige Fotografien des Hotels sowie eine kurze, stichwortartige Beschreibung der Eigenschaften und Lage des Hotels umfasst.

²⁸⁶ Die nachfolgenden Punkte finden sich in CINDY ESTIS GREEN/MARK V. LOMAN, Distribution Channel Analysis, A Guide for Hotels, Hospitality Sales & Marketing Association International (HSMAI) Foundation, 2012, 131-135.

²⁸⁷ Vgl. Rz 330.

²⁸⁸ Zum Ranking im Allgemeinen vgl. Rz 23 ff.

²⁸⁹ Beispiel hierfür ist die Möglichkeit von Hotels, bei Booking.com ihr Ranking über höhere Kommissionszahlungen positiv zu beeinflussen, vgl. Rz 29.

383. Auch die Möglichkeit bei Online-Buchungsplattformen die Suchresultate nach nutzergenerierten Bewertungen zu sortieren, stellt keine aktive Beratungsdienstleistung dar. Es werden vielmehr grösstenteils durch Dritte bereitgestellte Informationen (seien dies durch die Partner-Hotels bereitgestellte Informationen oder Bewertungen von Kunden oder von Drittanbietern) in aggregierter Form wiedergegeben. Die Bereitstellung von nutzergenerierten Bewertungen schlägt sich ausserdem unmittelbar in einer Steigerung der Attraktivität der jeweiligen Online-Buchungsplattform nieder und ist zudem ein Phänomen, welches auch bei anderen Plattformen sowie im Online-Handel allgemein weit verbreitet ist. Es ist somit davon auszugehen, dass deren Bereitstellung nicht von den vorliegend betrachteten Vertragsklauseln abhängig ist und auch sonst erfolgen würde.

384. Damit findet bei Online-Buchungsplattformen keine (kosten-)intensive persönliche Beratung der Endkunden durch zu den spezifischen Eigenschaften der angebotenen Dienstleistungen geschultes Personal statt, so dass nur geringe Grenzkosten für die Erbringung von Service- und Beratungsleistungen entstehen dürften. Vielmehr zählen das Anbieten von Informationen zu verschiedenen Hotels und Vergleichsmöglichkeiten zwischen diesen gerade zur normalen Geschäftstätigkeit von Online-Buchungsplattformen.

385. Ebenso wenig kann eine intensive Beratung zugunsten der Hotels festgestellt werden. So werden diese zwar hinsichtlich der technischen Anforderungen zur Bewirtschaftung ihrer Angebote auf den jeweiligen Online-Buchungsplattformen ausgebildet und unterstützt und sie scheinen auch zumindest einzelne Hinweise zur optimalen Darstellung ihres Hotels auf den jeweiligen Plattformen zu erhalten. Jedoch ist nicht ersichtlich, inwieweit dies eine intensive Beratung der Hotels darstellen soll, welche die Anwendung des Point-of-Sale-Services-Arguments rechtfertigen würde.

C.4.6.1.4. Weitere verkaufsfördernde Massnahmen der Online-Buchungsplattformen

386. Die Parteien bringen vor, sie würden insbesondere in verkaufsfördernde Massnahmen zugunsten von Hotels investieren. Daneben seien auch Investitionen in die Benutzerfreundlichkeit der Plattform zu berücksichtigen, welche den Hotels und den Endkunden zu Gute komme. Diese Investitionen seien vor möglichen Trittbrettfahrern zu schützen, welche aufgrund einer Online-Buchungsplattform ein bestimmtes Hotel auswählen, die Übernachtung dann jedoch beim Hotel direkt buchen und so die Online-Buchungsplattform umgehen.

387. Es handelt sich dabei primär um Investitionen in Werbung. Bei Ausgaben für Werbung jeder Art für ein spezifisches Produkt sind jedoch gewisse Streuverluste unvermeidbar: So ist es letztlich normal, dass nur ein kleiner Anteil der derart angesprochenen potenziellen Kunden das beworbene Produkt letztlich auch kauft. Auch kann nicht ausgeschlossen werden, dass das beworbene Produkt von gewissen Kunden bei einem konkurrierenden Händler gekauft wird. Ebenso ist es ein allgemeines Phänomen, dass bei Weitem nicht sämtliche Zugriffe auf die Homepage beispielsweise eines Online-Händlers auch zu einer Transaktion führen. Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Werbeausgaben der Online-Buchungsplattformen eine besondere Investition darstellen, die im Rahmen des Point-of-Sales-Services-Arguments geschützt werden sollten.

388. Ausserdem bewerben Online-Buchungsplattformen nie ausschliesslich ein Hotel, sondern immer auch ihre eigene Plattform. Solche Ausgaben für Brand-Building kommen, wie auch allgemeine Bemühungen um die Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit einer Plattform, unmittelbar den Parteien zu Gute. Somit bestehen Anreize für entsprechende Bemühungen unabhängig von der Gestaltung der Vertragsbedingungen mit den Partner-Hotels.

C.4.6.1.5. Wechselwirkungen zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen: umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik

389. Entgegen den Ausführungen der Parteien liegt, wenn überhaupt, nicht nur eine einseitige Trittbrettfahrerproblematik zu Ungunsten der Online-Buchungsplattformen vor. Vielmehr profitieren diese auch von eigenen Verkaufsbemühungen der Hotels und anderen Vertriebskanälen. Wenn solche wechselseitigen Effekte bestehen, spricht dies gegen eine effizienzsteigernde Wirkung einer Wettbewerbsabrede.²⁹⁰

390. So gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, wie Online-Buchungsplattformen unmittelbar von der Bekanntheit ihrer Partner-Hotels profitieren können: Gerade im Zusammenhang mit Pay-per-Click-Werbung über Google AdWords können Online-Buchungsplattformen letztlich auch vom Bekanntheitsgrad ihrer Partner-Hotels profitieren, indem sie beispielsweise AdWords mit einer Kombination des Hotelnamens mit dem Ortsnamen erwerben. Zusätzlich gibt es weitere Beispiele aus dem Ausland, bei welchen Online-Buchungsplattformen versuchten, zu Lasten ihrer Partner-Hotels Buchungen zu generieren. So hat das Landgericht Frankfurt festgehalten, dass bei Online-Telefonbucheinträgen eine Verlinkung zu Online-Buchungen über HRS eine Irreführung der Endkunden darstelle, da dadurch der Eindruck entstehen würde, der Endkunde buche direkt beim Hotel.²⁹¹ In Frankreich wurde unter anderem Expedia wegen Irreführung von Endkunden verurteilt, weil auf ihrer Online-Buchungsplattform Partner-Hotels als vollständig ausgebucht dargestellt wurden, obwohl auf anderen Vertriebskanälen noch Zimmer verfügbar gewesen wären.²⁹²

391. Daneben besteht auch eine Vielzahl von Wechselwirkungen mittelbarer Natur zwischen Online-Buchungsplattformen und anderen Vertriebskanälen, so insbesondere dem direkten Kanal der Hotels. So wurde im Rahmen einer Studie der Universität St. Gallen bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern²⁹³ festgestellt, dass im Zusammenhang mit Reisen bezüglich ihrer Wichtigkeit insbesondere folgende drei Informationsquellen dominieren: Freunde und Verwandte, Quellen aus dem Internet und durch Einheimische vermittelte Informationen. Dabei seien die wichtigsten Internetseiten Suchmaschinen wie Google. Ähnlich wichtig seien Internetseiten der Destinationen gefolgt von Internetseiten von Unterkunftsanbietern. Laut den Studienautoren lässt dieses Resultat den Schluss zu, dass der Erwerb von Informationen zu Reisen mit einer allgemeinen Suche über Suchmaschinen beginnt und sich fortsetzt in einer detaillierteren Suche auf Internetseiten der Destinationen und schliesslich auf Hotel-Webseiten. Bei einer ähnlichen Studie von Google bezüglich des Reiseverhaltens von Schweizern haben 41 % der Befragten angegeben, dass sie bei der Entscheidung bezüglich einer Unterkunft Websites von Unterkunftsanbietern (wie Homepages von Hotels) konsultieren würden. Diese stellen laut dieser Studie somit auch die wichtigste Online-Informationsquelle bezüglich Unterkünften dar, gefolgt von Tourismus-Homepages (mit 18 %), Suchmaschinen (mit 15 %) sowie Websites von Reisebüros respektive Reise-Portalen (mit zusammen 14 %).²⁹⁴

²⁹⁰ Vgl. hierzu auch RPW 2011/3, 391 f. Rz 153-159, *Behinderung des Online-Handels*.

²⁹¹ Urteil des LG Frankfurt vom 20.2.2013, 3-08 O 197/12, 9 ff, *Wettbewerbswidrigkeit der Verlinkung auf ein Hotelbuchungsportal*.

²⁹² Urteil des Tribunal de Commerce de Paris, 15ème chambre vom 4.10.2011, *Synhorcat et autres c/ Expedia et autres* <http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3242> (2.2.2015).

²⁹³ CHRISTIAN LAESSER/BARBARA RIEGLER, *Travel Market Switzerland, Basic Report and Database Specification*, Institute for Systemic Management and Public Governance, St. Gallen, 2012, 23.

²⁹⁴ Vgl. Google, *Vertical Deep Dive Travel, Switzerland*, May 2012 <https://ssl.gstatic.com/think/docs/analysis-of-travel-vertical-in-switzerland_research-studies.pdf> (3.2.2015).

392. Selbst wenn eine Trittbrettfahrerproblematik, wie sie von den Parteien behauptet wird, festgestellt werden könnte, so wäre nicht erstellt, dass diese nur einseitig zu Ungunsten der Parteien besteht. Die wahrscheinlich vorliegende umgekehrte Trittbrettfahrerproblematik spricht demgegenüber gegen die effizienzsteigernde Wirkung der von den Parteien verwendeten Vertragsklauseln.

C.4.6.1.6. Zusammenfassung

393. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass einerseits keine Trittbrettfahrerproblematik im von den Parteien behaupteten Ausmass festgestellt werden kann. Andererseits fehlt es auf Seiten der Online-Buchungsplattformen auch an Beratungs- und Serviceleistungen sowie weiteren besonderen Investitionen in verkaufsfördernde Massnahmen, welche vor möglichen Trittbrettfahrern geschützt werden sollten. Damit lassen sich die verwendeten Vertragsklauseln mit dieser Argumentation nicht rechtfertigen.

C.4.6.2. Hold-up Problem

394. Vertragsspezifische Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehungen nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (sog. Hold-up Problem), können im Rahmen der Rechtfertigungsgründe von Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sein.²⁹⁵

395. Nun halten die Parteien aufgrund ihres Geschäftsmodells zunächst kein Inventar an Hotelzimmern und sind somit auch keinen entsprechenden Risiken ausgesetzt. Die Parteien machen jedoch auch hier geltend, sie würden insbesondere in Werbung zu Gunsten der einzelnen Hotels investieren. Wie bereits ausgeführt, können diese Werbeausgaben im Allgemeinen vorliegend jedoch nicht als Investitionen qualifiziert werden, die derart schützenswert wären, dass sich gestützt darauf eine Rechtfertigung der verwendeten Vertragsklauseln begründen liesse. Ein grosser Anteil der Ausgaben der Parteien fällt zudem für Pay-per-Click-Werbung²⁹⁶ an, welche aufgrund ihrer Kurzfristigkeit und Flexibilität nicht geeignet ist, um die vorliegenden Wettbewerbsbeschränkungen vor dem Hintergrund des Investitionsschutzes zu rechtfertigen.

396. Die einzigen vertragsspezifischen Investitionen gegenüber Partner-Hotels mit mehr als nur kurzfristigem Charakter sind die Aufbereitung der Inhalte für die Online-Buchungsplattformen sowie die Übersetzung dieser Inhalte in verschiedene Sprachen. Zu letzterem ist festzuhalten, dass gerade von Übersetzungen in Sprachen, welche das Hotel beispielsweise auf der eigenen Homepage nicht aufführt wohl in erster Linie die Online-Buchungsplattformen profitieren, indem Kunden, die keine der auf der Homepage eines Hotels gezeigten Sprachen beherrschen, eher über eine Online-Buchungsplattform buchen, weil sie nur dort die konkreten Angebote auch effektiv verstehen. Auch dürfte die absolute Höhe solcher vertragsspezifischen Ausgaben gering sein und somit keinesfalls unbefristete vertragliche Massnahmen rechtfertigen.²⁹⁷

397. Aufgrund der geringen spezifischen Investitionen für die Aufnahme eines Partner-Hotels in eine Online-Buchungsplattform, wie auch der insgesamt relativ geringen wirtschaftlichen

²⁹⁵ Vgl. RPW 2005/2, 280 Rz 65 f., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

²⁹⁶ Vgl. Rz 240 f.

²⁹⁷ Das Bundeskartellamt führt in seinem Beschluss aus, dass solche vertragsspezifischen, einmaligen Investitionen so gering sind, dass deren Amortisierung bereits dann gewährleistet ist, wenn der jeweilige Hotelvertrag nach einem Jahr wieder beendet wird. Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B 9 - 66/10 vom 20.12.2013, *HRS*.

Bedeutung eines einzelnen Partner-Hotels für den Geschäftsverlauf einer Online-Buchungsplattform ist daher nicht mit einem Hold-up Problem im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. c VertBek zu rechnen. Bei einem tatsächlichen Bestehen eines Hold-up Problems würde zudem für die Hotels die Möglichkeit bestehen, nach Abschluss eines Vertrags mit einer Online-Buchungsplattform die Vertragsbedingungen neu auszuhandeln. Wie bereits vorhergehend²⁹⁸ ausgeführt, führen [...].

C.4.6.3. Senkung der Suchkosten und Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs auf Stufe Hotels

398. HRS und Booking.com bringen vor, dass aufgrund von weiten Preisparitätsklauseln ein Preisgefüge entstehe, welches zu einer Senkung der Suchkosten seitens der Endkunden und damit letztlich zu einer höheren Kundenzufriedenheit führe. Dies sei der Fall, weil sich die Kunden dank Kenntnis der durch weite Preisparitätsklauseln ermöglichten Bestpreisgarantien gänzlich auf weitere Elemente im Zusammenhang mit der Hotel-Suche konzentrieren und auf einen Preisvergleich verzichten können.

399. Diese Argumente sind allein schon deshalb offensichtlich verfehlt, als dass aufgrund dieser Logik wohl jede Art von Preisabrede als wohlfahrtssteigernd zu betrachten wäre: So könnte diese Argumentation beispielsweise auch als Rechtfertigung für eine (unbestrittenermassen schädliche) horizontale Preisabrede vorgebracht werden, da eine solche ja aufgrund der überall gleichen Preise die Suchkosten der Endkunden senkt.

400. Expedia und HRS bringen diesbezüglich auch vor, dass die Preisparitätsklauseln auf der Stufe der Hotels den Interbrandwettbewerb verstärken würden, indem die dadurch geschaffene Preistransparenz den Preisdruck erhöhen und damit zu einem Absinken der Endkundenpreise führen würde.

401. Nun werden im Allgemeinen dem Medium Internet tatsächlich prokompetitive Wirkungen zugesprochen, insbesondere aufgrund der dadurch bewirkten Vereinfachung der Suche nach verschiedenen Produkten sowie Preisen.²⁹⁹ Auch vorliegend ermöglicht das Internet eine einfache Suche nach Informationen über verschiedene Hotels sowie deren Eigenschaften, wie Preisen und Verfügbarkeiten. Insbesondere Meta-Suchmaschinen tragen dazu bei, dass Preisunterschiede zwischen verschiedenen Vertriebskanälen auf einfache Weise erfasst werden können.

402. Um die vorliegend festgestellte Wettbewerbsbeschränkung auf Stufe der Online-Buchungsplattformen rechtfertigen zu können, müsste nun die von den Parteien behauptete Effizienzsteigernde Wirkung weit über jene des blossen Vorhandenseins der Vergleichsmöglichkeiten im Internet hinaus gehen. Hinweise darauf konnten jedoch keine festgestellt werden. Vielmehr ist eine allfällige durch Preisparitätsklauseln herbeigeführte weitere Senkung des Suchaufwands der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Hotels nur von geringer Bedeutung. Was aufgrund der weiten Preisparitätsklauseln nämlich letztlich geschieht, ist vielmehr, dass die Endkunden von der durch das Internet erhöhten Preistransparenz gar nicht erst profitieren können, indem der Preis ohnehin überall derselbe ist und sich ein Preisvergleich erübrigt.

²⁹⁸ Vgl. Rz 345 ff.

²⁹⁹ Vgl. hierzu RPW 2011/3, 374 Rz 16 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

403. Es ist somit offensichtlich, dass eine allenfalls derartig bewirkte Senkung der Suchkosten der Endkunden und Verschärfung des Preiswettbewerbs zwischen den Hotels nicht als Begründung für einen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geltend gemacht werden kann.

C.4.6.4. Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Vertikalbekanntmachung

404. Das Vorhandensein der weiteren in der Vertikalbekanntmachung genannten Rechtfertigungsgründe, namentlich bezüglich der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte³⁰⁰, der Übertragung von wesentlichem Know-how³⁰¹ sowie der Sicherung von finanziellen Arrangements³⁰² ist vorliegend weder in Hinsicht auf Preisparitätsklauseln noch im Zusammenhang mit Verfügbarkeitsparitätsklauseln ersichtlich. Diese Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.4.6.5. Fazit

405. Gestützt auf die obigen Ausführungen erübrigen sich weitere Ausführungen zu den weiteren Voraussetzungen einer möglichen Rechtfertigung aus Effizienzgründen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln nicht durch einen der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden können.

C.4.7. Strukturierung und Notwendigkeit von Paritätsklauseln

406. Schliesslich bringt HRS vor, dass ein Wegfall der Preisparitätsklauseln dazu führen würde, dass sich HRS zu einer reinen „Hotel-Suchmaschine“ entwickeln würde, welche mangels tatsächlicher Buchungen keine Provisionen mehr generieren kann. Einerseits ist diese Behauptung rein spekulativ, andererseits konnte in Deutschland nach Aussetzung der Preisparitätsklauseln keine entsprechend dramatische Entwicklung beobachtet werden. Auch Booking.com bringt vor, dass wenn eine Preisvergleichs-Webseite aufzeige, dass auf anderen Vertriebskanälen tiefere Preise erhältlich sind, der Kunde seine Reservation nicht über Booking.com tätigen würde. Dies könne die Reputation von Booking.com schädigen und gegebenenfalls deren Existenz unter den Online-Buchungsplattformen gefährden.

407. Hierzu ist festzuhalten, dass das Kartellgesetz dem Schutz des Wettbewerbs dient und nicht dem Schutz einzelner Wettbewerber. Wenn strukturpolitische Gründe bestehen, welche über rein wettbewerbliche Überlegungen hinaus gehen und die ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer ausnahmsweisen Zulassung einer für unzulässig erklärten Wettbewerbsabrede begründen, kann gemäss Art. 8 KG ein entsprechender Antrag an den Bundesrat gerichtet werden.

408. Auch ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn Rechtfertigungsgründe vorliegen sollten – wovon vorliegend nicht auszugehen ist – es ohnehin fraglich ist, ob Paritätsklauseln für die Erbringung der Dienstleistungen von Online-Buchungsplattformen tatsächlich notwendig sind. So ist HRS, trotz des Verbots von Paritätsklauseln in Deutschland, nach wie vor dort tätig.

³⁰⁰ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek.

³⁰¹ Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. f VertBek.

³⁰² Vgl. Ziff. 16 Abs. 4 Bst. g VertBek.

C.4.8. Ergebnis

409. Die vorliegend untersuchten, von den Parteien gegenüber ihren Partner-Hotels verlangten weiten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparitätsklauseln stellen damit unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar. Ihre Verwendung durch die Parteien ist daher zu untersagen.

410. Die Einhaltung der Paritäten kann dabei nicht nur durch eine vertragliche Vereinbarung, sondern auch mit anderen Mitteln durchgesetzt werden. Solche Massnahmen, wie beispielsweise der direkte Einfluss der Einhaltung der Klauseln auf das Ranking³⁰³, die drohende Vertragsauflösung bei Nichteinhaltung oder Ähnliches, wären hinsichtlich ihrer Wirkung mit den heute vertraglich vereinbarten Paritätsklauseln gleichzusetzen, da sie im Ergebnis den Wettbewerb zwischen den Online-Buchungsplattformen ebenso wie eine explizite vertragliche Vereinbarung beschränken würden. Den Parteien ist daher zusätzlich zu untersagen, künftig Massnahmen zu ergreifen, mit Hilfe welcher bei den Hotels die Einhaltung der weiten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durchgesetzt werden soll.

411. Wie bereits zuvor ausgeführt, schliesst die vorliegende Einschätzung nicht die von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführten engen angepassten Paritätsklauseln ein. Die Verwendung enger Paritätsklauseln wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist.³⁰⁴

C.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

412. Die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln sind, wie vorstehend dargelegt, als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Die Untersuchung wurde jedoch auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 KG eröffnet, weshalb nachfolgend geprüft wird, ob die Verwendung dieser Vertragsklauseln auch als unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu qualifizieren ist. Art. 5 und 7 KG können parallel auf ein und dasselbe Verhalten angewendet werden, die Analyse hat jedoch separat zu erfolgen.³⁰⁵

413. Untersucht wird diesbezüglich zunächst, ob eine klassische marktbeherrschende Stellung von Booking.com oder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung aller drei Parteien gemeinsam vorliegt. Weiter ist zu prüfen, ob die Verwendung der Klauseln in den Anschlussverträgen mit den Partner-Hotels oder die Durchsetzung der Klauseln gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Und abschliessend stellt sich die Frage, ob die Verwendung der Klauseln als Behinderungsmissbrauch gegenüber aktuellen und potenziellen Konkurrenten zu qualifizieren ist.

³⁰³ [...]

³⁰⁴ Vgl. Rz 31 ff.

³⁰⁵ Vgl. EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 1 KG N 6.

C.5.1. Marktbeherrschende Stellung

414. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

415. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.³⁰⁶ Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne („klassische Marktbeherrschung“) von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern³⁰⁷. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits eine „klassische“ Marktbeherrschung vorliegt.

416. Um zu prüfen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. An dieser Stelle kann auf die vorhergehende Abgrenzung des relevanten Marktes im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 KG verwiesen werden.³⁰⁸ Damit wird auch vorliegend ein nationaler Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen betrachtet.³⁰⁹

C.5.1.1. Einzelmarktbeherrschung durch Booking.com

417. Ob sich Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Booking.com kann sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

C.5.1.1.1. Aktueller Wettbewerb

418. Für die eingehende Beschreibung des aktuellen Wettbewerbs kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁰ Daraus geht insbesondere hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Ebenfalls ist die Anzahl Wettbewerber äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) über einen Marktanteil von mehr als [0-5 %] verfügten.³¹¹

419. Die schweizerische Praxis und Lehre schliesst aus einem hohen Marktanteil nicht per se auf eine marktbeherrschende Stellung.³¹² Allerdings bildet der Marktanteil von 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung („kritische Schwelle“).³¹³ Booking.com hat spätestens im Jahr 2008 einen Marktanteil von 50 % erreicht und damit diese kritische Schwelle überschritten. Der in der Zwischenzeit stetig weiter angestiegene Marktanteil von Booking.com spricht für das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com in den

³⁰⁶ BBI 2002 2045, 2.2.5.

³⁰⁷ Vgl. RPW 2005/1, 161 Rz 95 ff., *CoopForte*.

³⁰⁸ Vgl. oben, Rz 176 ff.

³⁰⁹ Vgl. Rz 264.

³¹⁰ Vgl. Rz 316 ff.

³¹¹ Vgl. Tabelle 2.

³¹² BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³¹³ BGE 139 I 72, E 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

darauf folgenden Jahren. Insbesondere der Marktanteil von [70-80 %] im Jahr 2013 spricht für eine gegenwärtig marktbeherrschende Stellung von Booking.com.

420. Hingegen ist es fraglich, ob bereits vor dem Jahr 2008 eine marktbeherrschende Stellung von Booking.com vorlag, da im Jahr 2007 der Marktanteil von Booking.com noch unter 50 % lag. Auch waren die damaligen Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten (Expedia mit [20-30 %] und HRS mit [20-30 %] im Vergleich zu heute deutlich höher. Zu diesem Zeitpunkt waren zudem mehr Konkurrenten aktiv als heute, zumal die Übernahmen von Tiscover und hotel.de durch HRS sowie von Venere durch Expedia erst nach 2008 erfolgten.³¹⁴ Schliesslich war auch die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen als Vertriebskanal für Hotels in der Schweiz im Jahr 2007 deutlich geringer als im Jahr 2013. So war beispielsweise der durch Booking.com generierte Buchungsumsatz im Jahr 2007 ungefähr [...] kleiner als im Jahr 2013.³¹⁵

C.5.1.1.2. Potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite

421. Auch bezüglich des potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite kann auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³¹⁶ So ist derzeit mit keiner nennenswerten disziplinierenden Wirkung aufgrund von potenziellen Markteintritten oder Nachfragemacht zu rechnen.

422. Insbesondere der SHV, wie auch einzelne Hotels haben wiederholt auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit insbesondere von Booking.com hingewiesen. Zumal allerdings vorliegend eine „klassische“ Marktbeherrschung von Booking.com im Vordergrund steht, erübrigt sich die Frage allfälliger individueller Abhängigkeiten der Partner-Hotels von Booking.com.³¹⁷

C.5.1.1.3. Zusammenfassung

423. Es bestehen starke Indizien, dass sich Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. So erscheint es unwahrscheinlich, dass der aktuelle und potenzielle Wettbewerb ausreicht, um Booking.com zu disziplinieren.

C.5.1.2. Kollektive Marktbeherrschung

424. In der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) wird unter anderem die Möglichkeit einer kollusionsfördernden Wirkung derartiger Klauseln genannt.³¹⁸ Damit stellt sich die Frage, ob Booking.com, HRS und Expedia gemeinsam über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im relevanten Markt verfügen. Um dies zu prüfen, wird auf folgende Beurteilungskriterien³¹⁹ abgestellt: Die Anzahl beteiligter Unternehmen, deren Marktanteile und die Marktkonzentration, die Symmetrien, die Markttransparenz, die Homogenität der

³¹⁴ Vgl. oben, Rz 2 f.

³¹⁵ Vgl. Tabelle 6.

³¹⁶ Vgl. Rz 333 ff. und Rz 345 ff.

³¹⁷ Ein entsprechendes Prüfungsschema zur Frage von individuellen Abhängigkeiten findet sich in RPW 2005/1, 160 ff. Rz 92 ff., *CoopForte*.

³¹⁸ Vgl. Rz 135.

³¹⁹ Vgl. beispielsweise RPW 2008/4, 631 ff. Rz 258 ff., *Coop/Carrefour*, m.w.H.

Produkte, die Stellung der Marktgegenseite, die Stabilität der Markverhältnisse sowie vorhandene Multimarktbeziehungen.

C.5.1.2.1. Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

425. Aus den Erläuterungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG bezüglich des aktuellen Wettbewerbs³²⁰ geht hervor, dass Booking.com auf dem relevanten Markt mit Abstand der grösste Marktteilnehmer ist. So wurde aufgezeigt, dass Booking.com im Jahr 2013 über einen Marktanteil von [70-80 %] verfügte. Die Anzahl Wettbewerber ist ebenfalls äusserst gering, so dass als einzige Konkurrenten Expedia (mit [10-20 %]) sowie HRS (mit [5-10 %]) einen Marktanteil von über mehr als [0-5 %] verfügten.³²¹ Die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile sowie die Marktkonzentration würden die Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Parteien stark begünstigen.

C.5.1.2.2. Symmetrien

426. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angesehen.³²² Bezüglich der angebotenen Dienstleistung sowie deren Vermarktung ist zwischen Booking.com, Expedia und HRS von einer weitreichenden Homogenität auszugehen. Hingegen bestehen zwischen Booking.com, Expedia sowie HRS sehr starke Asymmetrien bezüglich der Marktanteile, was als deutliches Indiz gegen eine kollektive Marktbeherrschung zu werten ist.

C.5.1.2.3. Markttransparenz

427. Der vorliegend betrachtete Markt zeichnet sich durch eine sehr hohe Transparenz aus: So ist es für Booking.com, Expedia und HRS ein Leichtes, sich ein Bild über die Angebote der jeweiligen Partner-Hotels sowie die Preise auf den Konkurrenzplattformen zu machen. Gerade im Rahmen der Überwachung der Paritätsklauseln geschieht dies auch tatsächlich. Hinzu kommt, dass auch Dritte, wie Metasuchmaschinen sowie Endkunden (bei Meldungen im Zusammenhang mit Bestpreisgarantien), zur Markttransparenz beitragen. Auch sind aufgrund des medialen Interesses am Verhalten der Online-Buchungsplattformen allgemeine Angaben bezüglich der Höhe der Kommissionen und der Geschäftsbedingungen der jeweiligen Plattformen vielfach öffentlich zugänglich. Eine hohe Markttransparenz wird im Allgemeinen als förderlich für eine kollektive Marktbeherrschung betrachtet.

C.5.1.2.4. Stellung der Marktgegenseite

428. Diesbezüglich kann ebenfalls auf die entsprechenden Ausführungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG verwiesen werden.³²³ So ist nicht davon auszugehen, dass Partner-Hotels von Booking.com, Expedia sowie HRS, wie auch deren Endkunden, in der Lage wären, eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der Parteien zu destabilisieren.

³²⁰ Vgl. Rz 316 ff.

³²¹ Vgl. Tabelle 2..

³²² Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 187 Rz 480, *Migros/Denner*, m.w.H.

³²³ Vgl. Rz 345 ff.

C.5.1.2.5. Stabile Marktverhältnisse

429. In der ökonomischen Literatur herrscht Konsens darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.³²⁴

430. Aufgrund der bestehenden hohen Markteintrittsschranken und des dadurch nicht vorhandenen potenziellen Wettbewerbs ist nicht davon auszugehen, dass die Marktposition von Booking.com, Expedia und HRS durch neu in den Markt eintretende Unternehmen unmittelbar gefährdet ist.

431. Hingegen unterliegt der relevante Markt nach wie vor einer starken Dynamik: So konnte Booking.com seine Marktanteile in den letzten Jahren gegenüber Expedia sowie HRS stark ausbauen. Gerade im Falle von HRS konnten, [...] beobachtet werden. Gegen stabile Marktverhältnisse spricht auch, dass es wahrscheinlich erscheint, dass der Markt für die Vermittlung von Hotelbuchungen über Online-Buchungsplattformen noch nicht gesättigt ist, d.h. es scheint noch ein gewisses nicht ausgeschöpftes Marktpotenzial zu geben. Hierfür spricht insbesondere, dass der Anteil an Buchungen über Online-Buchungsplattformen gemessen an allen Hotelbuchungen in der Schweiz derzeit noch unter dem europäischen Durchschnitt liegt, so insbesondere unter demjenigen in Deutschland, Frankreich und Italien.³²⁵ Auch ist die Anzahl an Partnerhotels der Parteien nach wie vor steigend. Insgesamt ist daher von instabilen Marktverhältnissen auszugehen, womit ein starkes Indiz gegen eine gegenwärtig kollektiv marktbeherrschende Stellung von Expedia und HRS mit Booking.com gemeinsam vorliegt. Bezüglich einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung in der Zeit bevor Booking.com im Jahr 2008 erstmals einen Marktanteil von über 50 % erlangt hat, ist darauf hinzuweisen, dass sich der betrachtete Markt damals in einer sehr frühen Marktphase befand, neben den Parteien noch etliche andere Akteure im Markt tätig waren und die absolute Bedeutung der Online-Buchungsplattformen im Vergleich zu den anderen Vertriebskanälen deutlich geringer war.³²⁶

C.5.1.2.6. Multimarktbeziehungen

432. Multimarktbeziehungen zwischen Booking.com, Expedia und HRS bestehen auf der Produktebene nur in geringem Umfang. So ist HRS praktisch ausschliesslich in der Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden tätig, während Booking.com auch in grösserem Umfang weitere Unterkunftsarten im Bereich der Parahotellerie (wie Ferienwohnungen) vermittelt. Expedia (zumindest unter dem Brand Expedia) verfügt schliesslich über das umfassendste Sortiment, welches eine Vielzahl von Reisedienstleistungen (bis hin zu Kreuzfahrten und Autovermietungen) umfasst, die weder von Booking.com noch von HRS angeboten werden. Bezüglich geographischer Märkte bestehen hingegen durchaus Überschneidungen insofern, dass alle drei Unternehmen grundsätzlich weltweit tätig sind. Allerdings ist HRS schwerpunktmässig auf Deutschland ausgerichtet, während Expedia in Europa insbesondere in Italien (nicht zuletzt aufgrund der Übernahme von Venere) über eine starke Stellung verfügt. Gesamthaft gesehen könnte zumindest die Tatsache, dass die Parteien (neben ihrer Tätigkeit in der Schweiz) in verschiedensten geographischen Märkten als Konkurrentinnen auftreten, tendenziell zu einer Stärkung einer allfällig vorhandenen kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Booking.com, Expedia und HRS beitragen.

³²⁴ Vgl. beispielsweise RPW 2008/1, 189 Rz 498, *Migros/Denner*, m.w.H.

³²⁵ Vgl. SCHEGG (Fn 180)

³²⁶ Vgl. Rz 420.

C.5.1.2.7. Zusammenfassung

433. Es existieren durchaus Faktoren im vorliegend betrachteten relevanten Markt, die für eine kollektive Marktbeherrschung durch Booking.com, Expedia und HRS sprechen: So herrscht eine sehr hohe Marktkonzentration, eine sehr hohe Markttransparenz und eine weitgehende Homogenität auf der Produkte-Ebene. Allerdings gibt es starke Hinweise darauf, dass diese grundsätzlich kollusionsfördernden Voraussetzungen vorliegend nicht zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen. Dies zeigt sich insbesondere aufgrund der Tatsache, dass Booking.com seine Marktanteile gegenüber Expedia sowie HRS massiv ausgebaut hat. Neben dieser mangelnden Stabilität der Marktverhältnisse ist auch festzuhalten, dass die gegenwärtige Marktphase, in welcher der Gesamtmarkt nach wie vor im Wachstum begriffen ist, einer kollektiven Marktbeherrschung ebenfalls entgegensteht. Schliesslich ist auch auf die starke Asymmetrie der Marktanteile zwischen Booking.com und Expedia sowie HRS hinzuweisen. Insgesamt ist somit derzeit nicht von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG von Booking.com, HRS und Expedia auszugehen.

C.5.1.3. Wirtschaftliche Abhängigkeiten

434. HRS und Expedia verfügen weder je einzeln über eine klassische, noch mit Booking.com zusammen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung. Daneben kann auch das Vorliegen von wirtschaftlichen Abhängigkeiten einzelner Hotels gegenüber HRS oder Expedia verneint werden. Um solche Abhängigkeitsverhältnisse bejahen zu können, müssten unter anderem für die Hotels zur Verwendung der Online-Buchungsplattformen spezifische Aktiva³²⁷ notwendig sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern diese Voraussetzung vorliegend erfüllt sein sollte.

C.5.1.4. Fazit

435. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, während eine kollektive Marktbeherrschung gemeinsam mit Expedia und HRS als eher unwahrscheinlich zu betrachten ist. So ist im Folgenden zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com gegenüber deren Partner-Hotels möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG darstellt.

C.5.2. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

436. Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG kann ausschliesslich von einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ausgehen. Deshalb wird nachfolgend ausschliesslich auf die Frage eingegangen, ob die Verwendung der vorliegend untersuchten Vertragsklauseln durch Booking.com eine solche Verhaltensweise darstellt.

³²⁷ Gemäss RPW 2005/1, 161 f., Rz 98 ff., *CoopForte*, wären dies „Gebäude und Einrichtungen, gegebenenfalls Beschäftigte sowie die Forschung und Entwicklung des Lieferanten sind (teilweise) spezialisiert auf die Fabrikation der Güter oder Dienstleistungen des Händlers und können mit einem ökonomisch vertretbaren Kostenaufwand für die Produktion anderer Güter oder Dienstleistungen weder verwendet noch angepasst werden“.

C.5.2.1. Einleitung

437. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³²⁸

438. Bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* wird die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem ihr ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbraucher unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.³²⁹

439. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt demgegenüber vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.³³⁰

440. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht³³¹, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³³²

441. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.³³³ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige

³²⁸ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³²⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³³⁰ BGE 139 I 72, E. 10.1.1., *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch BBI 1995 468, 569.

³³¹ Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 7 N 39; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 KG N 6. Bei Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht ging auch die REKO/WEF von unzulässigem Verhalten aus, vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique (Flughafen Zürich AG)/Sprenger Autobahnhof AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission*.

³³² BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

³³³ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; BBI 1995 468, 570.

Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.³³⁴

442. Wie es das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“³³⁵ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen.

C.5.2.2. Benachteiligungstatbestand

443. Denkbar ist nun zunächst, dass die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellt. Eine solche liegt vor, wenn folgende Elemente vorliegen: Das in Frage stehende Verhalten zielt erstens auf Geschäftsbedingungen (oder den Preis) ab, die zweitens erzwungen werden und sich drittens als unangemessen erweisen.³³⁶

444. Dass es sich bei den untersuchten Paritätsklauseln um Geschäftsbedingungen handelt, ist zweifelsohne gegeben. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Element der „Erzwingung“ vorliegt.

445. Das Bundesgericht hat sich in seinem Entscheid zur Terminierungsgebühr von Swisscom³³⁷ eingehend mit dem Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auseinandergesetzt und dabei dem Element der „Erzwingung“ eine eigenständige Bedeutung zugesprochen. Das Bundesgericht verlangt dabei für einen Missbrauch, „dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.“³³⁸

446. Dieser Entscheid des Bundesgerichts wurde in der Lehre überwiegend kritisch aufgenommen. So wurde beanstandet, dem Erzwingungselement werde damit eine andere Bedeutung als im EU-Kartellrecht zugemessen. Dort werde, trotz weitgehender sprachlicher Übereinstimmung, der Missbrauch in der Durchsetzung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen auf der Grundlage der wirtschaftlichen Macht gesehen.³³⁹

447. Bei einer näheren Betrachtung ergibt sich allerdings, dass vorliegend bereits die Mindestanforderungen an dieses Tatbestandselement nicht erfüllt sind, so dass die Frage der Anforderungen bezüglich des Elements der Erzwingung offen gelassen werden kann.

³³⁴ Vgl. BBI 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57, *Produktbündel „Talk & Surf“*.

³³⁵ BGE 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

³³⁶ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 N 292.

³³⁷ Vgl. BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*.

³³⁸ BGE 137 II 199, E. 4.3.5., *Terminierungsgebühr Swisscom*; Vgl. auch die seither im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ergangenen Verfügungen der WEKO: RPW 2011/4, 525 f. Rz 30 ff., *Terminierung Mobilfunk* und RPW 2014/2, 403 Rz 81, *ETA Preiserhöhungen* sowie den Schlussbericht des Sekretariats: RPW 2012/4, 760 Rz 94, *Maestro Fallback Interchange-Fee und Master Card Interchange-Fee*.

³³⁹ Vgl. nur ANDREAS HEINEMANN, *Kartellrechtspraxis* 2013, 50 ff.

448. So geht die Lehre im Zusammenhang mit Art. 7 KG im Allgemeinen davon aus, dass zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und dem in Frage stehenden missbräuchlichen Verhalten grundsätzlich kein kausaler Zusammenhang vorliegen muss. Die Kausalität wird zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen gefordert.³⁴⁰ Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG wird (und wurde bereits vor dem Bundesgerichtsentcheid in Sachen Terminierungsgebühr Swisscom) nun aber von diesem Grundsatz abgewichen. Das Element der „Erzwingung“ statuiere die Erforderlichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten, denn es sei gerade diese Position, die es dem Marktbeherrscher erlaube, Preise oder Geschäftsbedingungen durchzusetzen, die im freien Spiel des Wettbewerbs nicht zustande kommen würden. „Die Erzwingung, von welcher das Gesetz in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG spricht, ist die kausale Verknüpfung und die kausale Verknüpfung ist die Erzwingung.“³⁴¹ Damit tritt im Fall von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG neben dem allgemeinen Erfordernis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen ein zusätzliches Element hinzu, jenes der Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch.³⁴²

449. Dass auch die WEKO dieses zusätzliche Kausalitätselement im Falle des Ausbeutungstatbestandes von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fordert, ergibt sich beispielsweise aus ihrer Stellungnahme im Zusammenhang mit der Terminierungsgebühr von Swisscom, welche das Bundesgericht wie folgt zitiert: „[Die WEKO] wendet dagegen ein, die Erzwingung der eigenen Bedingungen sei nicht erforderlich. Dieses Merkmal stelle kein eigenes Tatbestandselement dar, sondern verlangt einzig, dass zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Ungemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen ein Kausalzusammenhang bestehe. Die Swisscom habe denn auch die Höhe der Terminierungspreise nur schon deshalb bestimmen können, weil sie marktbeherrschend gewesen sei.“³⁴³ Dem stimmt das Bundesgericht zu indem es festhält, dass „immerhin“ zutrefte, „dass zwischen der Marktbeherrschung und der Ungemessenheit überhaupt eine Kausalität vorliegen müsse.“³⁴⁴

450. Booking.com verwendete die untersuchten Paritätsklauseln in den Anschlussverträgen bereits [...]. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung seitens Booking.com vor dem Jahr 2008 ist allerdings unwahrscheinlich.³⁴⁵ Im Zeitpunkt der Einführung der Klauseln war neben den drei Parteien noch eine Vielzahl anderer Unternehmen auf dem Markt tätig. Zudem handelte es sich bei den Online-Buchungsplattformen zu diesem Zeitpunkt eher um Nischenanbieter im Vergleich zu anderen Vertriebskanälen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass beispielsweise mit Expedia auch ein Unternehmen, welches zu keinem Zeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, gar noch weiterreichende Paritätsklauseln als Booking.com verlangen konnte. Insgesamt kann daher nicht angenommen werden, dass die Verwendung der Paritätsklauseln durch Booking.com kausal auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist.

³⁴⁰ Eingehend zu dieser Thematik: BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 19 ff. m.w.H.

³⁴¹ OLIVER VAHRENHOLT, in: SZW 2011, Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ in EDV/Swisscom (Schweiz) AG, 497.

³⁴² Vgl. auch MARC AMSTUTZ, in: sic! 2011, 520, „Terminierungspreise im Mobilfunk“ Bundesgericht vom 11. April 2011 sowie BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, N 297 mit Hinweisen auf die europäische Lehre und Rechtsprechung.

³⁴³ BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*, E. 4.2.

³⁴⁴ BGE 137 II 199, *Terminierungsgebühr Swisscom*, E. 4.3.4.

³⁴⁵ Vgl. oben, Rz 423.

451. Würde nun die aktuelle Durchsetzung der Klauseln durch Booking.com als möglicher Missbrauch betrachtet werden, d.h. die Überprüfung und Einforderung der Einhaltung sowie mögliche Sanktionen gegenüber Hotels bei Verstössen, so müssten die Hintergründe für die Einhaltung der Paritätsklauseln durch die Partner-Hotels von Booking.com konkret, gegebenenfalls sogar im Einzelfall, überprüft werden. So geht beispielsweise aus der Hotelumfrage hervor, dass ein gewisser Anteil der Partner-Hotels von Booking.com auch in Abwesenheit der Paritätsklauseln keine kanalspezifische Unterscheidung beispielsweise bezüglich der Preissetzung vornehmen würde. Bei diesen Hotels erscheint eine Erzwingung der Paritätsklauseln durch Booking.com auch kaum plausibel zu sein, so dass deren Anteil konkret ermittelt werden müsste.

452. Eine solch gesonderte Prüfung eines möglichen Missbrauchs gegenüber den einzelnen Hotels wäre jedoch aufgrund der Anzahl der bei Booking.com angeschlossenen Hotels mit einem sehr hohen Aufwand verbunden und kann daher von vornherein nur in Betracht gezogen werden, wenn deutliche Hinweise darauf bestehen, dass mehrere Hotels von einer solchen potenziell missbräuchlichen Durchsetzung betroffen wären. [...]. Schliesslich ist festzuhalten, dass bisher keine Vertragskündigung seitens Booking.com gegenüber Partner-Hotels wegen einer Missachtung der Paritätsklauseln vorgenommen wurde.

C.5.2.3. Zwischenergebnis

453. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass kein kausaler Zusammenhang zwischen einer möglichen Marktbeherrschung von Booking.com und den gegenüber den Partner-Hotels verlangten Paritätsklauseln bewiesen werden kann. So wurden die entsprechenden Vertragsklauseln in einer Situation eingeführt, wo eine Marktbeherrschung durch Booking.com unwahrscheinlich war. Ebenso wurde aufgezeigt, dass gerade auch Unternehmen mit einer deutlich schwächeren Marktstellung ebenfalls solche (und teilweise sogar weiterreichende) Vertragsklauseln verlangt haben. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels stellt somit keine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar.

C.5.2.4. Behinderungstatbestand

454. Zu prüfen bleibt, ob Booking.com eine mögliche marktbeherrschende Stellung missbrauchte, um andere Marktteilnehmer in ihrer Tätigkeit zu behindern und vom Markt zu verdrängen. Diesbezüglich ist auch zu prüfen, ob das Verhalten von Booking.com zu Markteintrittsschranken führt, die potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abhalten. Dies, weil marktverschliessenden Wirkungen in der ökonomischen Literatur zu Across-Platforms Parity Agreements (APPA) im Allgemeinen vermutet werden.³⁴⁶ Zur Diskussion steht dabei insbesondere Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, wonach als missbräuchliche Verhaltensweise die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes und der technischen Entwicklung in Betracht fällt. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle möglichen Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und stellt damit insofern gegenüber den anderen in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen einen Auffangtatbestand dar.³⁴⁷

³⁴⁶ Vgl. oben, Rz 134.

³⁴⁷ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG, Rz 397 f.; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 234 f.

455. Unter «Einschränkung des Absatzes» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das Marketingspektrum der Konkurrenz zu verringern und dadurch deren Marktzugang künstlich zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des normalen Leistungswettbewerbs wäre.³⁴⁸ Der Begriff der Einschränkung erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder weniger attraktiv oder weniger absetzbar machen. Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens zweckmässiger oder besser verfügbar machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt.³⁴⁹

456. Die von Booking.com vorgesehenen Paritätsklauseln verlangen von den Hotels nicht, auf Booking.com günstigere Preise, bessere Verfügbarkeiten oder bessere Konditionen anzubieten als über andere Vertriebskanäle. Verlangt wird lediglich, dass die Preise, Verfügbarkeiten und Konditionen mindestens gleich vorteilhaft sind wie auf den übrigen Kanälen. Es lässt sich daher nicht zweifelsfrei feststellen, dass das Verhalten von Booking.com eine Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten darstellt, mithin lässt sich keine künstliche Verknappung des Angebots feststellen, wie sie der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG verlangt. Dies gilt insbesondere auch für die Verfügbarkeitsparität, da die entsprechenden Zimmer lediglich auf nicht-exklusiver Basis auf Booking.com zur Verfügung gestellt werden müssen und somit auch durch die Konkurrenten vermittelt werden können. Vielmehr kann das Verhalten von Booking.com dahingehend verstanden werden, dass Booking.com durch die Paritätsklauseln anstrebt, seine eigenen Dienstleistungen für die Endkunden attraktiver und besser verfügbar zu machen, ohne dass dies alleine zu einer Behinderung von (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten führt oder führen soll.

457. Darüber hinaus liegt beim vorliegend untersuchten Sachverhalt die besondere Situation vor, dass alle³⁵⁰ auf dem relevanten Markt tätigen Konkurrenten ebenfalls Paritätsklauseln verlangen. Die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln gehen dabei gar teilweise weniger weit als entsprechende Klauseln von Konkurrenten. So verlangt insbesondere Expedia eine Last-Room-Availability, was bei Booking.com nicht der Fall ist.³⁵¹ Die sinkenden Marktanteile von HRS und Expedia können daher nicht auf die Verwendung von Paritätsklauseln von Booking.com – und damit auf eine erfolgreiche Verdrängungsstrategie von Booking.com – zurückgeführt werden, sondern es müssen andere Faktoren, wie beispielsweise höherwertige Leistungen (bessere Hotelbetreuung oder ähnliches), ausschlaggebend sein. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich keiner der befragten Konkurrenten über eine unmittelbare Behinderung durch die Tatsache, dass Booking.com Paritätsklauseln gegenüber seinen Partner-Hotels verlangt, beklagt hat.

³⁴⁸ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 418 und 441; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 347), Art. 7 Abs. 2 KG N 235; Verfügung der WEKO in Sachen Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA vom 14. Juli 2014, noch nicht in RPW publiziert, Rz 130.

³⁴⁹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 336), Art. 7 KG N 399 und 436 m.w.H.

³⁵⁰ Auch STC verlangt seit Ende 2012 von seinen Partnerhotels die Einhaltung der Preisparität. STC begründet dies damit, dass dies unerlässlich sei, solange die wichtigsten Marktteilnehmer, d.h. die Parteien des vorliegenden Verfahrens, eine Preisparität verlangen. STC wird sein Verhalten nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens umgehend der neuen Situation anpassen.

³⁵¹ Vgl. Rz 33 ff.

C.5.2.5. Zwischenergebnis

458. Zusammenfassend liegen keine hinreichenden Beweise dafür vor, dass die von Booking.com verlangten Paritätsklauseln zu einer konkreten Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten führen. Die Verwendung der Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com stellt somit keine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG dar.

C.5.3. Ergebnis

459. Selbst im Falle einer marktbeherrschenden Stellung von Booking.com im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, wofür starke Indizien bestehen, stellt die Verwendung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits-, und Konditionenparität durch Booking.com in den Anschlussverträgen und/oder deren Durchsetzung gegenüber den Partner-Hotels keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c und e KG dar. Offen gelassen kann dabei jedoch, ob die von den Parteien verwendeten Vertragsklauseln unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen. Insgesamt sind die vorliegend untersuchten Vertragsklauseln daher als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

D. Kosten

460. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG³⁵² ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliege, oder wenn sich die Parteien unterziehen.³⁵³ Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

461. Vorliegend konnte Booking.com, HRS und Expedia eine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nachgewiesen werden, womit die drei Parteien alle gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens gelten. Dem entsprechend kommt die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde, vorliegend zur Anwendung. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitäts Erwägungen stehen dabei im Vordergrund.³⁵⁴ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einer Wettbewerbsabrede beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Die Gebühren werden daher vorliegend den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV³⁵⁵).

462. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht hinsichtlich jener Punkte, die sich nicht haben erhärten lassen und bezüglich welcher das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.³⁵⁶ Dies betrifft vorliegend die Untersuchungstätigkeit hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG. Eine exakte Bemessung des Aufwands hinsichtlich jener Punkte und damit des Anteils der Kosten ist jedoch in der Praxis nicht möglich. Jedoch kann angenommen werden, dass die Erhebung des Sachverhalts sowie die spezifischen Abklärungen zu Art. 5 Abs. 1 KG insgesamt zwei Drittel der gesamten Verfahrenskosten verursacht haben. Das verbleibende Drittel entfällt damit auf die spezifischen Abklärungen hinsichtlich Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 7 KG und ist zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

463. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

464. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 1'862.90 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

³⁵² Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

³⁵³ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG *e contrario*.

³⁵⁴ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

³⁵⁵ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

³⁵⁶ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 *e contrario* (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*.

- 78.50 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 10'205.–
- 1'782.20 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 356'440.–
- 26.20 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 7'598.–

465. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 374'243.–. Wie vorgängig ausgeführt, ist ein Drittel davon zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

466. Die Booking.com, HRS und Expedia zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF 83'165.10.

E. Ergebnis

467. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

468. Die Verwendung der untersuchten Paritätsklauseln bezüglich Preis, Verfügbarkeit und Konditionen zwischen Booking.com, HRS, Expedia und den ihnen jeweils angeschlossenen Partner-Hotels stellt eine vertikale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. Rz 147 ff.). Die gesetzlich statuierte *Vermutung der Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs von Art. 5 Abs. 4 KG greift vorliegend nicht (vgl. Rz 162 ff.). Die vertikale Abrede über Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparität *beeinträchtigt* den Wettbewerb auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen aber *erheblich* im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 175 ff.). Gründe der *wirtschaftlichen Effizienz* nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 365 ff.). Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 409).

469. Aufgrund der vorliegenden Einschätzung wird den Parteien die Verwendung von weiten Paritätsklauseln untersagt. Die Verwendung enger Paritätsklauseln, wie sie von Booking.com zumindest seit dem 1. Juli 2015 respektive von Expedia zumindest seit dem 1. August 2015 eingeführt wurden, wird demnach nicht untersagt. Jedoch wird vorliegend deren Einschätzung in kartellrechtlicher Hinsicht offen gelassen, zumal derzeit eine abschliessende Einschätzung zu deren praktischen Auswirkungen noch nicht möglich ist.³⁵⁷

470. Es gibt starke Indizien, dass Booking.com auf dem nationalen Markt für die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt (vgl. Rz 417 ff.). Ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung kann vorliegend jedoch nicht nachgewiesen werden (vgl. Rz 436 ff.). Es liegt zudem keine kollektiv marktbeherrschende Stellung der in Rz 468 genannten Unternehmen gemeinsam vor (vgl. Rz 424 ff.). Auch wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen können vorliegend keine festgestellt werden (vgl. Rz 434). Die Untersuchung wird daher hinsichtlich des Vorwurfs des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eingestellt (vgl. Rz 459).

471. Den in Rz 468 genannten Unternehmen wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung der untersuchten Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten zu verpflichten (vgl. Rz 409 f.).

472. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 468 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 460 ff.).

³⁵⁷ Vgl. Rz 57ff.

F. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (i.S.v. Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Es wird Booking.com B.V. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zumindest am 30. Juni 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
2. Es wird Expedia, Inc. auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren bis zumindest am 31. Juli 2015 gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
3. Es wird der HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 KG untersagt, ihre Partner-Hotels in der Schweiz vertraglich oder mit sonstigen Mitteln zur Einhaltung von Preis-, Verfügbarkeits- und Konditionenparitäten gemäss ihren zum heutigen Zeitpunkt noch gültigen Verträgen zu verpflichten, soweit diese Klauseln die Partner-Hotels zur Gleichbehandlung unter Online-Buchungsplattformen verpflichten (weite Paritätsklauseln).
4. HRS wird verpflichtet, ihre Partner-Hotels spätestens einen Monat nach Rechtskraft dieser Verfügung schriftlich über die Änderung gemäss Ziffer 3 des Dispositivs zu informieren.
5. Im Übrigen wird das Verfahren [...] gegen Booking.com, HRS und Expedia eingestellt.
6. Zwei Drittel der Verfahrenskosten von CHF 374'243. – werden den in Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 83'165.10, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
7. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - Booking.com B.V., Herengracht 597, 1017 CE Amsterdam, Niederlande
vertreten durch RA Dr. Franz Hoffet, RAin Bettina Meyer und RA Martin Thomann,
Homburger AG, Prime Tower, Postfach 314, 8037 Zürich
 - HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH, Blaubach 32, 50676 Köln,
Deutschland
vertreten durch RA Dr. Jürg Borer, Schellenberg Wittmer AG, Löwenstrasse 19,
Postfach 1876, 8021 Zürich
 - Expedia, Inc., 333 108th Ave NE, Bellevue, WA 98004, USA
vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027
Zürich
8. Die Verfügung geht in Kopie an:
 - Schweizer Hotelier-Verein, Monbijoustrasse 130, Postfach, 3001 Bern
vertreten durch FMP Fuhrer Marbach & Partner, RA Prof. Dr. Eugen Marbach, Kon-
sumstrasse 16A, 3007 Bern

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.